

**IV CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

DIREITO CONSTITUCIONAL II

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL INTEGRAL, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO PODER: SUPREMACIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

JUSTICE CONSTITUTIONAL INTEGRAL, CONSTITUTIONAL COURT AS POWER: SUPREMACY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

**Arthur Vinicius Gomes Da Silva
Leonardo Raphael Carvalho de Matos**

Resumo

A Justiça Constitucional está na essência do constitucionalismo, evoluiu no tempo garantindo os direitos e garantias fundamentais. Essa Justiça já garantia além dos direitos da maioria, o das minorias, freando as forças daquelas. No século XVII á um marco na história, a observar, entende-se que as leis do common law eram superiores ás do rei. No Estado de Direito a soberania popular e a Democracia são premissa, que confirma a Justiça Constitucional. O controle de constitucionalidade evoluiu no tempo e novos institutos de controle surgiram. A representação interventiva antecedeu ao controle abstrato das leis. Entende-se que poderá ser criado mais um poder. Observa-se a existência do novo controle de constitucionalidade municipal. Enfim, no Direito Comparado, identifica-se os Tribunais TCFA e STF. O primeiro é um órgão independente, mas ainda parte do Poder Judiciário alemão, o segundo é parte do Poder Judiciário brasileiro, e é apenas uma cúpula desse poder. O sistema adotado pelo Brasil não é o ideal apontado pela presente pesquisa. Conclui-se que uma Corte Constitucional tem que exercer sua função do controle de constitucionalidade de forma integral como um poder constitucional, ou seja, um Tribunal Constitucional como poder. Adota-se na presente pesquisa a metodologia qualitativa, selecionando material bibliográfico sobre o tema, e observa-se qual o melhor sistema pela técnica do Direito Comparado para o Brasil.

Palavras-chave: Justiça constitucional, Poder constitucional, Tribunal constitucional como poder

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitutional Court is the essence of constitutionalism evolved over time ensuring the rights and guarantees. This Justice has guaranteed beyond the majority of rights, of minorities, of those braking forces. In the seventeenth century will steeped in history, to observe, it is understood that the laws of the common law were superior Ace King. The rule of law to popular sovereignty and democracy are premise, confirming the Constitutional Court. The judicial review has evolved over time and new control institutes emerged. The interventional representation prior to the abstract review of laws. It is understood that could be created more power. It notes the existence of the new municipal control constitutionality. Finally, in comparative law, identifies the Courts TCFA and STF. The first is an independent

body, but still part of the German judiciary, the second is the Brazilian Judiciary, and is just a dome that power. The system adopted by Brazil is not the ideal appointed by this research. It concludes that a Constitutional Court must exercise its function of judicial review in full as a "constitutional power", ie a Constitutional Court as power. Is adopted in this study a qualitative methodology by selecting bibliography on the subject, and observed that the best system by the technique of comparative law to Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional justice, Constitutional power, Constitutional court as power

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, desde a Idade Média, identifica-se como era a noção de que se tinha de Constituição e hierarquia das normas. Demonstra-se a importância da Justiça Constitucional na garantia dos direitos fundamentais e garantia das maiorias e também das minorias.

O controle de constitucionalidade das normas no ordenamento jurídico nacional, bem como seus institutos, evoluiu consideravelmente. Observa-se também como o Ministério Público é importante quando é atribuído a ele a legitimidade para provocar a Justiça Constitucional e, na Constituição, a interpretação que é feita para a possibilidade de utilização do controle municipal de constitucionalidade.

Os Tribunais Constitucionais, como demonstrado, os tipos de controle na sua função do controle das garantias da Lei Fundamental. A legitimidade dos seus membros, que é essencial para a aceitação popular das suas decisões. Pelo Direito Comparado, o Tribunal Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal no Brasil, como cada um exerce o controle de constitucionalidade e, se adotou a melhor opção de um Tribunal Constitucional para o ordenamento jurídico nacional.

Método e objetivo: Adota-se na presente pesquisa a metodologia qualitativa, selecionando material bibliográfico sobre o tema, e observa-se qual o melhor sistema de controle de constitucionalidade pela técnica do Direito Comparado para o Brasil.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES HISTÓRICOS

No constitucionalismo antigo, o termo constituição, tinha a ideia de estabelecer ou ordenar, surgiu como um conceito mais restrito do que o atual, no Império Romano (MORAES, p. 12, 2013). A supremacia constitucional é uma garantia, no Estado democrático para formulação das leis. O legislador terá como parâmetro, obrigatoriamente, observar a norma maior, que é a Constituição.

Uma garantia da Justiça Constitucional é o constitucionalismo, que está na sua essência, como um movimento social ou político, garantidor da democracia. Este instituto é recente, mas de extrema importância nos ordenamentos democráticos em muitos países, tendo uma contribuição considerável da doutrina no seu processo evolutivo. O controle político de constitucionalidade comprovou-se pouco adequado; pelos magistrados de carreira, isso também não permanece como algo legítimo. (JAYME, p. 31-32, 2000)

A preocupação de instituir mecanismos de controle constitucional, garantindo o cumprimento da Constituição, foi essencial para os Estados modernos. Garantindo o direito das minorias, freando as forças da maioria. Recentemente os direitos fundamentais ganhou *status* de direito constitucional, representando uma garantia maior dos direitos individuais frente ao poder estatal. (idem, idem)

As questões que passaram a ocupar o palco dos debates jurídicos foram, então, as definições do modo, do sujeito e do momento em que se exerceria o controle de constitucionalidade.

A síntese das ideias a respeito da garantia da Constituição conduziu, quase que naturalmente, à criação do Tribunal Constitucional, como órgão independente de qualquer dos Poderes, com uma feição de órgão político, incumbido de exercer a justiça constitucional. (idem, p. 32, 2000)

Por uma questão histórica do resultado do constitucionalismo, a difusão e implementação de Tribunais Constitucionais pelos constituintes foi inevitável.

Historicamente, também se sabe que a humanidade sempre teve a concepção hierárquica das normas, com um ordenamento constitucional como norma maior estabilizada e como garantia. (JAYME, p. 32, 2000)

Os *nómoi*, em Atenas, comparando com os ordenamentos jurídicos contemporâneos, hierarquicamente uma norma superior em relação aos *psefismata*, que eram deliberados da Assembleia, semelhantes às leis ordinárias hoje. Este último se subordinava aos *nómoi*, hoje comparado com a Constituição. (CAPPELLETTI apud JAYME, p. 32, 2000)

A *Lei das XII Tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. Posteriormente, no Direito Canônico, passou a significar o termo das regulamentações eclesiásticas. (DALLARI apud MORAES, p. 12, 2013)

Verifica-se que já na Idade Média, o surgimento de proteção dos indivíduos no combate do poder estatal, contra a atuação arbitrária das autoridades públicas, não foi fácil. A luta constitucional do século XVII, não estava bem definida, disputas entre o despotismo e a liberdade. Como exemplo a *Magna Carta Libertatum*, um antecedente histórico das declarações de direitos humanos fundamentais. Uma de suas garantias era a liberdade da Igreja da Inglaterra; previsão do devido processo legal; livre acesso à justiça (MORAES, p. 13-14, 2013), entre outras garantias características de institutos constitucionais.

[...] o Estatuto de Merton, de 1236, denominado de *Nova Constituição* por prever instrumentos de preservação individual em face do Poder do Estado.

Nesse momento, já se verifica a existência de um controle judicial para garantir a efetividade das normas protetoras dos direitos fundamentais, que teriam certa supremacia sobre os demais. (idem, p. 14, 2013)

Uma característica de um controle já se moldava, com a função de preservar os direitos fundamentais pela via judicial. Esse controle judicial é, um poder atribuído a um

órgão que tinha a soberania frente aos demais.

Verificam-se algumas importantes Constituições não escrita de proteção dos direitos individuais. Como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, sendo regulamentado na *common law*, a *Bill of Rights*, de 1689 (idem; 2013). É possível analisar com os exemplos históricos a importância de uma norma fundamental de proteção dos direitos individuais. O fortalecimento ao princípio da legalidade, impondo que o rei não pudesse suspender leis sem a aprovação do Parlamento. (MORAES, p. 14, 2013)

A necessidade de uma Justiça Constitucional se verifica desde então e, como exemplo, bem lembrou Jayme:

A possibilidade de o juiz recusar a aplicação de uma lei que contrariasse outra superior surgiu na Inglaterra. Isto pode parecer paradoxal por esse país ter assumido, após a Revolução Gloriosa de 1688, a doutrina da *supremacy of the English Parliament*, como expressão da soberania popular. (JAYME, p. 33, 2000)

Um dos marcos históricos, é no século XVII, que o Juiz Coke ao reconhecer que as leis de *common law* são superiores às leis do rei e, conseqüentemente as leis do parlamento sendo contrária à *common law* era declarada nula (JAYME, p. 33, 2013). Este é um típico exemplo de uma jurisdição constitucional, identificando a existência de uma lei maior que dita parâmetros para a criação das normas inferiores, que sendo contrárias aquela que ocupa o topo da pirâmide na hierarquia, está sujeita a ser declarada nula.

Sabidamente, para garantia dos direitos que são assegurados pela Constituição, é preciso uma Justiça Constitucional. Então mediante esse importante instituto, verifica-se o Processo Constitucional:

A Justiça Constitucional se destina a efetivar o Direito Constitucional, que tem no Processo Constitucional o instrumento de realização dos direitos assegurados constitucionalmente.

O Processo Constitucional surge, no início desse século, pela obra de Hans Kelsen, como um ramo da ciência jurídica, com inegável autonomia e independência, representando a Justiça Constitucional seu centro vital.

Sua estrutura foi erigida a partir da Teoria Geral do Processo. A compreensão da Jurisdição Constitucional perpassa, portanto, pela noção de jurisdição, tornando-se indispensável, preliminarmente, estabelecer seu conceito e características essenciais. (JAYME, p. 53, 2000)

Assim nasce o novo ramo do direito, o Direito Constitucional, que com o instituto da Justiça Constitucional e no reconhecimento a partir de então de um Processo Constitucional como sendo essencial para tornar realidade a prática das garantias constitucionais, estabelecidas pela Constituição. Aquele instituto é o mais importante dentro do Processo constitucional. Uma espécie de comparação entre processo e jurisdição.

Gonçalves ressalta o Direito como meio transformador social, e o processo como meio transformador, apontando a existência de uma mentalidade, definitivamente

afastando daquelas nações tradicionais, que não se adaptam à contemporaneidade (GONÇALVES apud JAYME, p. 53, 2013).

Agora conceituando a Justiça Constitucional, ela se diferencia dos outros tipos de jurisdição pela sua originalidade, considerada um poder constitucional, surgindo formalmente quando atribuído essa função a um Tribunal. Sendo essa uma parte administrativa da justiça com objeto específico, jurídico-constitucional, sua matéria específica de um Estado (JAYME, p. 67, 2000).

Atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade. (BARACHO, apud, JAYME, p. 67, 2000)

Com base na soberania popular, no Estado de Direito existe a Democracia como premissa, que confirma a legitimidade da Justiça Constitucional e a supremacia das normas constitucionais. Então, confirma a garantia dos direitos fundamentais, controlando o Poder Estatal. Lembrando que a garantia não somente das maiorias, como também das minorias.

Como disse Walter Berns:

[...] ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana, em relação à maioria: “Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria.” (BERNS apud MORAES, p. 49-50, 2013)

Na Jurisdição Constitucional, então, é a garantia dos direitos fundamentais, instituído pela Constituição, estando na essência do constitucionalismo. Sua legitimidade está na condição de a maioria na posse de seus direitos, respeitar a minoria dentro de uma igualdade, quando esses também estiverem na condição de posse dos direitos. Sendo assim a Justiça Constitucional é a garantia dos valores fundamentais básicos, como a função de um Tribunal Constitucional, exercendo um poder de controle negativo.

O nascimento, fortalecimento e concretização da jurisdição constitucional tiveram por finalidade, basicamente, a defesa dos Direitos Fundamentais do Homem e dos direitos das minorias, tornando absolutamente necessário o surgimento de tribunais que valessem pela compatibilidade dos atos do poder público com as normas constitucionais. (MORAES, p. 53, 2013)

Tendo como objetivo a contenção de eventuais excessos, abusos ou omissões ao texto constitucional, (MELLO, apud MORAES, p. 53, 2013) a jurisdição constitucional tem esse papel importante com um poder positivo e controle negativo dos dispostos na

Constituição.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste capítulo verifica-se como alguns fatores, como historicamente se transformou, o controle constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, bem como funciona e foi instituído e como evoluiu.

Quando ocorre, por exemplo, uma ofensa por um Estado-Membro, de princípios de ordem federativa, para decretação de intervenção federal, tem que haver prévia autorização judicial.

A representação interventiva foi a antecessora do controle abstrato de normas no direito brasileiro. Na Constituinte de 1891 foi discutida a possibilidade de outorgar ao Supremo Tribunal Federal a determinados a competência para conhecer de alegação de ofensa pelo Estado-Membro a determinados princípios da ordem federativa. (MENDES, p. 89, 2007)

Essa ideia da *representação interventiva* foi instituída no ordenamento jurídico na Constituição de 1934, como instrumento para os conflitos entre União e os Estados, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal. O novo instrumento de controle de constitucionalidade, até então, somente pelo Procurador-Geral da República é que poderia por sua iniciativa provocar o judiciário (art. 12, § 2º, da Constituição de 1934).

O modelo mencionado foi modificado e inserido na Constituição de 1946.

Em vez da constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intenção, tal como na Constituição de 1934, deveria o Tribunal agora aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*. (MENDES, p. 89, 2007)

O controle abstrato de normas antes da Constituição de 1988, ainda houve uma evolução considerável a destacar. Assim pela Emenda Constitucional de n. 16, 1965, um modelo de um sistema de controle abstrato ao lado da *representação interventiva*:

[...] um sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado à aferição de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais. [...] O instituto, introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, tinha por escopo, [...] alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalhos dos Tribunais inferiores. (idem, p. 93-94, 2007)

Mais um importante instituto, agora, atribuído como competência exclusiva da Suprema Corte nacional, para não sobrecarregar tanto os outros Tribunais. Com a novidade no ordenamento jurídico, introduzido depois da reforma do Judiciário, se faz perante a Suprema Corte o controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais.

O controle de constitucionalidade é criado pelo legislador constituinte originário, estabelecendo regras de controle dos atos normativos. No ordenamento brasileiro a Constituição é rígida, processo de alteração mais dificultoso e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade dependem do sistema de controle adotado (LENZA, p. 275, 2014).

Nos dizeres de Pedro Lenza:

A CF brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60.

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. (LENZA, p. 275, 2014)

A Constituição Federal tem disposto em seu art. 60 as regras para sua alteração. Tem como característica, o processo dificultoso para alteração, ocupando essas regras, o grau máximo no escalonamento normativo. A Constituição, então, ocupando o topo da hierarquia das normas, ela é requisito de validade em relação as outras normas ou atos normativos do ordenamento jurídico (LENZA, p. 275-276, 2014).

Nesse sentido o art. 60 da CF, que dispõe em seu § 4º, inc. III, dizendo no caput que “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:”, parágrafo 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir.”, inciso III “a separação dos Poderes”.

A atenção agora é para quando estamos falando sobre divisão de poderes, não podemos utilizar a expressão “tripartição de poderes”, considerada impropria, como explica Lenza: “Isso porque o poder é uno, indivisível e indelegável. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se por meio de órgãos que exercem funções” (LENZA, p. 548, 2014). Dessa forma, a hipótese seria se o Poder Judiciário, como o sistema na qual foi adotado para essa função, que foi atribuída para o controle de constitucionalidade, é a melhor opção para o nosso ordenamento.

Ainda sobre o assunto de controle de constitucionalidade, temos outros órgãos que atuam, contribuindo com o controle de constitucionalidade, bem como institutos contemporâneos que possibilitam esse controle frente o Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público, embora sob Constituição vigente tenha sido destituído da exclusividade na iniciativa para o processo objetivo de controle da constitucionalidade, preservou, não por acaso, mas por ser o curador da ordem jurídica, a legitimação universal para tal iniciativa. Assim, tem papel relevante e destacado a ser concretamente exercido, seja para suscitar os litígios normativos abstratos, seja para impugnar, incidentalmente em processos subjetivos, certa concretização inconstitucional de lei ou ato normativo. (MELO, VitalBook file, 2014)

O novo ordenamento pela Constituição de 1988, ampliou essa possibilidade

atribuindo a outros órgãos ou entidades, dando legitimidade a estes também para provocar o Guardião da Constituição a exercer o poder de controle constitucional.

Ainda no âmbito dos institutos de controle, observa-se um pouco sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade Municipal. “Questão relevante no controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais é saber da possibilidade jurídica de instituir a ação declaratória de constitucionalidade no âmbito municipal” (NETO, p. 150, 2010).

Assim verifica no presente capítulo a instituição de alguns tipos de controle constitucional, como funciona e evoluiu no ordenamento jurídico nacional. Percebendo a complexidade do controle, quando da sua importância para estabilidade do ordenamento jurídico vigente.

3. DIREITO COMPARADO: TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO PODER.

Tribunais Constitucionais

São dois os modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. O primeiro analisa a constitucionalidade da lei no caso concreto, adotado pelos Estados Unidos, o segundo, difundido principalmente na Europa.

O modelo europeu tem suas próprias características, e sua legitimidade é dada pela própria Constituição. Este sendo um poder independente, que não confunde com o poder judiciário. (JAYME, p. 119, 2000)

A presença de professores na composição do Tribunal Constitucional é uma constante. O critério de nomeação de seus integrantes é feito pelas forças ou partidos políticos [...] A despeito da indicação dos Juizes das Cortes Constitucionais ser feita por órgãos políticos, este fato não lhes comprometem a independência[...] (FAVOREU apud JAYME, p. 119-120, 2000)

Sua independência não é comprometida, pois eles bem sabem que o estatuto os isentam de qualquer fidelidade. “a Jurisdição Constitucional é instância única, o que lhe confere exclusividade no julgamento das questões de constitucionalidade.” (idem, idem)

Um Tribunal Constitucional tem suas decisões como efeito *erga omnes*, implicando em anulações, nas declarações de inconstitucionalidade. Sua jurisdição consiste em anular ou até corrigir atos de vontade geral manifesta pelo legislador. (JAYME, p. 120, 2000)

A que se considerar a legitimidade na composição dos Tribunais Constitucionais, tendo como fator legitimador a participação popular.

[...]por intermédio de seus representantes eleitos no Parlamento e no Executivo, na escolha dos membros dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.[...] Assim, a questão da composição das Justiças Constitucionais é certamente a que provoca as mais equivocadas interpretações e os mais árduos debates, situando-se em dois níveis: *político e jurídico*. (MORAES, p. 59, 2013)

Aos juízes da jurisdição constitucional é atribuído natureza dúplice, em sua investidura do cargo, envolvendo em suas decisões supremacia constitucional, “os atos das mais elevadas autoridades do Estado e, principalmente, as leis do Parlamento, que são consideradas como expressão da vontade geral.” (MORAES, p. 59, 2013). Para não comprometer a legitimidade na composição dessa jurisdição, é preciso observar a composição política da Justiça Constitucional: *pluralismo, representatividade e complementariedade*.

O primeiro diz respeito ao aumento da representatividade global do sistema, a proteger grupos das minorias, aqueles que não têm acesso aos ramos políticos; o segundo é a participação do Parlamento na escolha do nome do juiz constitucional, frente ao pluralismo democrático; o terceiro é a necessidade de uma múltipla variação de experiências profissionais, ou seja, que vai além da magistratura, tendo como critério a sua composição por profissionais de outras carreiras como do Ministério público, Universidade Pública, Parlamento, entre outros. “afastando-a tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada.” (MORAES, p. 60-61, 2013)

Os autores mostram que o Tribunal Constitucional é incompatível com sistemas de governo *executivistas*, os quais adotam, no máximo, uma tripartição dos poderes, cumulando Estado, Governo e Administração no mesmo órgão, o chamado poder executivo. (FAVOREU apud SOUZA, p. 126, 2007).

O Tribunal Constitucional foi inventado no século XX para atender os desafios por conta da nova fase do constitucionalismo. Isso com a evolução do segundo pós-guerra, nos clamores por uma Constituição de valores mínimos. É marca registrada do tipo de Estado Social que surgiu na Europa Ocidental. O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o Direito Constitucional e valores éticos do convívio sociopolítico. (SOUZA, p. 129, 2007)

Tribunal Constitucional Federal Alemão

A jurisdição constitucional se faz em separado dos demais órgãos ordinários do judiciário de uma forma mais pura. Decide questões em relação a aplicação e interpretação da Constituição. Funciona com a atribuição constitucional de órgão supremo do Estado.

A legitimidade política é conferida pelo voto de dois terços em cada casa legislativa. Tendo o voto da minoria parlamentar como essencial para aprovação.

O controle abstrato de constitucionalidade das normas é feito tendo como objeto as normas jurídicas de várias espécies. Elas são: as federais, de tratado internacional, lei orçamentaria, leis estaduais, regulamentos jurídicos do direito federal e do direito estadual, e desde as normas promulgadas depois da entrada em vigor da Lei Fundamental, bem como as de antes desta entrar em vigor.

Já o controle concreto de constitucionalidade das leis, depende da decisão do Tribunal, ao avaliar a inconstitucionalidade em contraste com a Lei Fundamental. O procedimento é suspenso e encaminhado ao TCFA, dependendo de sua decisão. (JAYME, p. 129-130, 2000)

O TCFA, não atua como órgão judicial, exercendo sua jurisdição constitucional, especialmente, em relação ao controle de constitucionalidade. Não cria jurisprudência, mas atua como Poder Político do Estado. (MORAES, p. 316, 2013)

Supremo Tribunal Federal do Brasil

No atual ordenamento jurídico, como antes, continua a Suprema Corte nacional, a integrar o Poder Judiciário, sua natureza jurídica é a de órgão de cúpula, como guardião da Constituição. Apesar de ter essa atribuição de guarda da Constituição, não tem a natureza de uma Corte Constitucional, por não ser a sua função exclusiva de jurisdição constitucional. (JAYME, p. 123-124, 2000)

O Supremo Tribunal Federal não pode ser qualificado como Corte Constitucional, também, por integrar o Poder Judiciário, pois “os tribunais constitucionais são jurisdições constitucionais em 'tempo integral', situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independentes desse, aos quais a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis”(FAVOREU apud JAYME, 2000). Para se qualificar como Tribunal Constitucional é necessário ser um “poder constitucional”. (JAYME, p. 124-125, 2000)

A questão de um “poder constitucional” é relevante, aja vista que uma Corte Constitucional só poderá exercer sua plena função se esta for separada do Poder Judiciário. Isso pois, parece ser de extrema importância. Ter uma Corte com essa função exclusiva.

O STF esta distante do modelo tradicional dos Tribunais Constitucionais europeus, podemos dizer, as clássicas caracterizadoras da jurisdição constitucional, especialmente, o controle de constitucionalidade, tutela dos direitos fundamentais, possuindo, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, atribuição para processar e julgar recursos em última instância. (MORAES, p. 318, 2013)

CONCLUSÃO

Faz-se necessário considerar alguns fatos históricos, para confirmar a importância da Justiça Constitucional, na garantia e proteção dos direitos básicos e fundamentais em uma Constituição. Constatou-se que essa jurisdição constitucional, está na essência do constitucionalismo, e que é inevitável por conta disso, a existência de um órgão atribuído dessa função, como jurisdição constitucional, para fortalecimento e garantia e uma maior efetivação da democracia.

Ao observar como foi instituído e evoluiu o controle de constitucionalidade no nosso ordenamento jurídico, passou-se a entender como é complexo, dadas as várias possibilidades por meio de alguns órgãos e instrumentos para provocar o judiciário no intuito de promover esse controle. Concluiu-se que quando a Constituição dispõe sobre a divisão dos poderes, é possível a criação de um novo poder, atribuindo a este a função do controle de constitucionalidade, pois como está disposto no artigo 60 da Constituição, que a divisão dos poderes não poder ser tendente a abolir, ou seja, o poder continua dividido, cada qual com sua função. O que não poderia é deixar de existir a divisão dos poderes.

Concluiu-se pelo Direito Comparado, que é preciso a instituição de uma Justiça Constitucional como um órgão de natureza de uma Corte Constitucional, tendo sua função exclusiva de controle constitucional e efetiva jurisdição constitucional de forma integral, ou seja, entendeu-se pela presente pesquisa que o modelo atual, adotado em nosso ordenamento jurídico, não é o ideal. Verificou-se que o STF como guardião é uma cúpula do Poder Judiciário, o que se confirmou na verdade é a necessidade de ter um Tribunal Constitucional como um poder, exercendo integralmente a jurisdição constitucional. Assim o constitucionalismo contemporâneo clama em sua essência por uma garantia maior dos direitos instituídos na Lei Fundamental.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. tradução: Torrieri Guimarães. **Política**. 2004.

JAYME, Fernando G. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, and MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3ª Ed. Saraiva, 2008.

VitalBook file.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª Ed. Saraiva, 2007.

MELO, Marconi Antas Falcone de. **O Ministério Público no Controle de Constitucionalidade - Revoluções Institucionais Necessárias**. Forense, 2014. VitalBook file.

NETO, Almeida, and Manoel Carlos de. **O Novo Controle de Constitucionalidade Municipal**. Forense, 2010. VitalBook file.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**. Memória Jurídica Editora: São Paulo, 2002.