

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164  
outubro/dezembro – 2004

# **Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça**

Controles externos ou internos?

Maria Auxiliadora Castro e Camargo

## Sumário

1. Introdução. 2. Insatisfação popular X objeto da reforma. 3. O denominado controle externo da PEC 29/2000 e o direito comparado. 3.1. Os Conselhos da Magistratura no Direito Comparado. 3.2. A proposição brasileira. 4. Separação de poderes. 5. Efeito vinculante e controle da atividade de julgar. 6. A criação do Tribunal Constitucional como forma de controle “externo”.

## *1. Introdução*

No Brasil, diuturna e paradoxalmente, presenciamos, por um lado, debates sobre a implantação de um controle externo do Poder Judiciário e, por outro, a implantação da Súmula Vinculante no âmbito do STF. Inúmeras e célebres vozes tem-se manifestado sobre o assunto. No entanto, até o momento não foi firmada uma posição preponderante que venha a colocar fim à celeuma instaurada acerca da legitimidade de referido controle externo e dos perigos decorrentes da vinculação das decisões do STF.

Em razão da crescente falta de credibilidade do Poder Judiciário, tornou-se unânime, em todos os segmentos da sociedade, a idéia da necessidade de uma reforma no Poder Judiciário que venha a conferir mais celeridade e eficácia às suas decisões. Instaurou-se uma crise que culminou numa proposta de reforma que tramita pelo Congresso Nacional desde 1992<sup>1</sup>. É bem verdade que, nos seus aproximadamente 11

Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal, especialista e mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal de Goiás e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha.

(onze) anos de tramitação, a PEC 29/2000 vem recebendo várias propostas de emendas e que tantas outras propostas lhe tenham sido apensadas, realmente dificultando sua apreciação. Mas nem por isso os debates que envolvem a matéria deverão ser radicalmente desprezados, como sugeriu o Ministro da Justiça. Em razão da gravidade do tema, pensamos que todos os argumentos devem ser considerados, mesmo porque, tratando-se de nova legislatura, que renovou grande parte do Congresso Nacional, e de novo momento político na história da democracia brasileira, parece ser a hora adequada para que todas as reformas propostas possam ser objeto de crítica e sugestões por parte da sociedade brasileira. Assim, certamente os debates que deverão preceder a votação devem apresentar enfoques mais coerentes com a realidade social.

Ninguém nega a existência da crise. Ela é tamanha que, diuturnamente, vem sendo anunciada por membros de todos os Poderes do Estado. O atual Presidente da República chegou a mencionar a existência de uma “caixa preta” no Judiciário, certamente para referir-se à necessidade de uma maior transparência que se convencionou denominar “controle externo”. O tema não é pacífico. O controle externo tem sido causa de muita polêmica entre os poderes e um dos motivos que emperram o andamento da proposta de reforma do Judiciário, traduzida pela PEC 29/2000.

Cogita-se na criação de um órgão para controle externo do Poder Judiciário e discute-se sua viabilidade diante do princípio organizativo da separação dos poderes; prega-se a instituição da Súmula Vinculante, contestada por muitos em razão dos princípios do juiz natural e livre convicção do juiz. Perquire-se, então, se seria viável a criação de um único órgão de controle do Judiciário, que não interferisse na função jurisdicional afetando a independência dos juizes e, ao mesmo tempo, zelasse, também, pela uniformização da jurisprudência. Sem nenhuma sombra de dúvida, a resposta só pode

ser negativa, devido à diversidade dos objetos. Entretanto, deve ser destacada a grande responsabilidade do Congresso Nacional, investido do poder reformador, na criação de mecanismos de controle interno e órgãos de controle externo do Judiciário, tudo isso em fiel observância aos princípios democráticos de direito.

Talvez seja essa necessária observância aos princípios gerais e democráticos de direito que faz emergir uma certa incoerência dos argumentos que tentam justificar e fundamentar a reforma. Por isso, em razão da aparente contradição entre as propostas – que até o momento foram colocadas em discussão – é que, ao iniciarmos nosso estudo, afirmamos ser paradoxal a pretendida reforma do Judiciário. A afirmativa é baseada no fato de que, inspirada num lema da moralização, a proposta, ao mesmo tempo que pretende criar um órgão para o controle externo do Poder Judiciário, por outro lado, confere poderes extraordinários e ilimitados ao STF, que, além de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário (e nessa qualidade proferir decisões exclusivamente jurídicas), é também a Corte Constitucional brasileira a quem compete a interpretação da Constituição Federal, inclusive quanto aos seus aspectos políticos.

Como no Brasil o controle da constitucionalidade das leis está a cargo do Poder Judiciário, uma das questões a ser enfrentada pelo poder reformador, ao criar um controle externo do Judiciário, deverá responder à seguinte indagação: como um órgão externo poderá controlar o controlador da Constituição, sem que, com isso, possa pretender ser maior que a própria Constituição (mesmo que seja por ela previsto)? A história nos mostra que teorias que tentaram idealizar um quarto poder, inspiradas na teoria de Benjamim Constant (1796-9), fracassaram porque conduziram a um regime antidemocrático. Assim, como permitir o controle externo do Poder Judiciário sem ofender o clássico sistema de freios e contrapesos, explicados pela teoria da separação dos poderes

de Montesquieu, na qual o poder deve ser controlado pelo próprio poder?

Essas são algumas das questões que o presente artigo pretende afrontar com o objetivo de demonstrar que alguns órgãos, ou mecanismos de controle, que se pretende implantar no direito brasileiro, não são desconhecidos no mundo político-jurídico. Precedentes existem e podemos encontrá-los numa breve incursão pelo direito europeu. Pretendemos, assim, realizar uma análise comparada da proposta brasileira em confronto com os antecedentes europeus com o objetivo de constatar em que medida a experiência européia pode influenciar a nossa tão almejada reforma. A comparação dos modelos apresenta-se especialmente relevante para uma boa interpretação e compreensão dos temas controvertidos.

## 2. *Insatisfação popular versus objeto da reforma*

É grande a insatisfação popular com a inoperância do Judiciário brasileiro. As censuras são várias e, entre as principais queixas, podemos destacar: a) *quanto ao acesso*: as dificuldades encontradas pelo cidadão comum para ingressar com seu pedido de provimento jurisdicional; b) *quanto ao andamento dos feitos*: a morosidade na entrega da prestação jurisdicional; c) *quanto à própria prestação jurisdicional*: a divergência de decisões que, acobertadas pela coisa julgada, resolvem casos semelhantes tutelando direitos de alguns, mas negando esse mesmo direito a outros; d) *quanto à fiscalização de seus agentes e administração de seus recursos*: as crescentes denúncias de desvio de verbas e corrupção de magistrados e serventuários contribuem para deixar o Judiciário em uma posição desconfortável perante a opinião pública e demais poderes constituídos.

A divergência das decisões judiciais contribui para um progressivo sentimento nacional de que as leis, no Brasil, foram feitas para ser transgredidas e beneficiar apenas a uma minoria privilegiada: mas é o con-

junto desses e outros fatores que fez arrai-  
gar o sentimento, praticamente unânime, em todos os segmentos da sociedade – incluindo o próprio Judiciário – de que mudanças, além de benéficas, são necessárias. Assim, o desejo urgente da promoção de uma total e necessária reforma do Judiciário vem cobrar os trabalhos do Congresso Nacional.

Entretanto, faz-se necessário distinguir muito bem a diversidade de objeto e natureza da pretendida reforma, no escopo de que ela possa atender aos reclamos sociais, transformando realmente o Poder Judiciário, de modo a possibilitar que esse cumpra sua finalidade de distribuir justiça. A ninguém interessa um Judiciário submisso ou dependente de outros poderes apenas eficiente e justo.

Considerando os anseios populares apontados, as peculiaridades de objeto e natureza da pretendida reforma podem ser agrupadas em inúmeras classificações e não pretende o presente artigo esgotar a análise de todas elas. No que diz respeito ao *acesso ao Judiciário* e ao *andamento dos feitos*, devemos reconhecer que muito vem sendo conseguido com a criação de juizados especiais dotados de procedimento sumário, criação de meios alternativos para solução de controvérsias, maior aparelhamento judiciário, criação de varas, etc. É claro que muito ainda pode ser feito como a diminuição dos valores das taxas judiciárias e equiparação de referidos valores em todos os Estados da Federação, criação e otimização das Defensorias Públicas previstas na CF/88, simplificação das normas processuais, etc.

Contudo, o que pretende analisar o presente artigo são alguns dos pontos polêmicos da reforma considerados como outros grandes males que acometem o Judiciário e que residem na *fiscalização de seus agentes e administração de sua própria organização*, assim como na *uniformização de suas decisões*. Cremos que a cura desses males não pode merecer igual tratamento, nem apresentar-se em doses homeopáticas. A reforma, para

cumprir seu objetivo, deve ser ampla, mas não deve restringir o acesso do cidadão ao Judiciário. Tampouco deve representar supressão de garantias ou direitos.

Em uma campanha generalizada contra corrupção, o principal alvo a ser atingido, no que tange ao Judiciário é o estabelecimento de um controle externo. Na seqüência, analisamos o significado desse controle chamado “externo” e sua previsão no projeto de reforma até o presente momento.

### *3. O denominado controle externo da PEC 29/2000 e o direito comparado*

Atualmente, parece firmar-se o entendimento de que “externo” seria o órgão criado com o fim específico de controlar “a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes”<sup>2</sup>. Mas seria esse novo órgão realmente órgão de controle “externo”?

A proposta originária era de criação de um Conselho situado fora da estrutura do Poder Judiciário cuja composição heterogênea previa, inclusive, a presença de 2 (dois) cidadãos, escolhidos um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal<sup>3</sup>. Rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a proposta foi emendada para modificar a composição do Conselho, excluindo a participação de cidadãos e retirando o termo “externo” de seu nome. Naquela ocasião, entendeu-se que realmente a criação de um conselho que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário seria contrária à limitação material ao poder de reforma constitucional contida no art. 60, § 4º, da CF/88, que veda a deliberação de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes. O Substitutivo à PEC nº 96/92, aprovado na Câmara dos Deputados, veio a propor, então, a criação de um Conselho inserido na estrutura do Poder Judiciário, cuja composição reflete os diversos segmentos da Instituição em nível federal e estadual.

A então Relatoria da PEC nº 29/2000 sugeriu a criação de um órgão nacional de

direção superior da magistratura composto por juizes, representantes do Ministério Público e da advocacia. Na versão do Senado, foram eliminados da composição do Conselho Nacional de Justiça membros estranhos ao Poder Judiciário, e no texto aprovado pela legislatura que terminou em 2002, foi retirado o inciso que era acrescido ao artigo 92 da CF, a qual previa o Conselho como órgão do Poder Judiciário; todavia, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o CNJ terá sede na capital federal<sup>4</sup>.

Mesmo que não seja expressamente previsto como órgão integrante do Judiciário, por meio de simples interpretação sistemática da Constituição, elimina-se qualquer dúvida a respeito do assunto, vez que o atual projeto inclui referido Conselho Nacional de Justiça no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III – Do Poder Judiciário da CF/88.

Assim, ainda que os debates continuem referindo-se ao dito controle como “controle externo”, esse – nos termos da proposta em andamento – de “externo” já não leva nem mesmo o nome; isso é perfeitamente compreensível, vez que o controle que vier a ser exercido por um órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário composto – na maioria – por seus próprios membros na verdade deve pertencer ao próprio Judiciário, mesmo que alguns continuem insistindo em denominá-lo “externo”.

Sob nenhum aspecto – seja quanto à sua composição, competência ou localização – poderia a fiscalização que a PEC 29/2000 pretende instituir sobre o Judiciário ser denominada “controle externo”. Ao contrário, trata-se de um controle inerente a problemas “internos” do próprio Poder Judiciário, mas nem por isso desnecessário ou ineficiente. Entretanto, deve-se nominá-lo de acordo com sua verdadeira vocação, sob risco de confundirmos os institutos jurídicos e o próprio direito.

Não se discute aqui a necessidade ou desnecessidade de controle funcional, administrativo e financeiro sobre o Judiciário

porque a aceitação dessa necessidade é ponto pacífico, admitida, inclusive, pelos mais altos representantes desse próprio Poder. O que é controvertida e combatida é a possibilidade de referido controle ser realmente realizado por um órgão situado fora da estrutura do próprio Judiciário, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

### 3.1. Os Conselhos da Magistratura no direito comparado

Ainda que inspirada em causas diametralmente opostas, a criação do Conselho Nacional de Justiça espelha-se no direito europeu, e sua origem está na Constituição francesa de 1946, que dedicou o Título IX a criar e regular um conselho superior da magistratura como forma de acrescentar um mecanismo garantidor da independência judicial, além das garantias já previstas de inamovibilidade do juiz e o submetimento desse à lei.

Inspirada na França, a Constituição italiana de 1947 criou o *Consiglio Superiore della Magistratura* e depois, seguindo o exemplo, foram criados os *conselhos superiores das magistraturas*<sup>5</sup> no caso português; *Consejo General del Poder Judicial* na Espanha, como também ainda faria a Grécia.

Entretanto, o que originou a criação desses Conselhos na Europa não foi a fiscalização do Judiciário. Ao contrário, o objetivo era o de conferir autonomia e governo democrático a um Poder que se dizia completamente independente, quando na verdade tinha todo seu pessoal e orçamento controlados pelo Governo.

No Brasil, a Constituição assegura autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário (art. 99/CF), competindo aos Tribunais apresentar suas propostas orçamentárias e organizar sua própria administração. Assim, a criação de um CNJ não teria como escopo principal assegurar uma independência que já existe, mas, sim, controlar essa independência por meio da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funci-

onais dos juizes, com poderes para aplicar as correspondentes sanções disciplinares.

Os conselhos europeus, em geral, também possuem essas mesmas competências, contudo, historicamente estavam chamados a desapoderar o Executivo das atribuições que mantinha em relação à administração do Judiciário e com a direção de pessoal, notadamente seleção, nomeação, promoção, inspeção e regime disciplinar. Assim, a criação desses conselhos na Europa, por um lado, significava colocar o governo da judicatura fora do controle do Executivo, mas, por outro lado, é verdade, também significava que, num Estado democrático, fazia-se necessário dotar a magistratura de um sistema de administração que, evitando o mandarinato dos juizes e propiciando um certo grau de coordenação com a representação da soberania popular, pudesse ser ao mesmo tempo garantia de independência e de não manipulação (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1996, *passim*).

Normalmente designados como órgãos de autogoverno do Judiciário, os conselhos europeus não integram a estrutura desse Poder, tanto pelo motivo de que na sua composição formam partes sujeitos estranhos à ordem jurisdicional, quanto em razão de suas atribuições, que são de natureza política-administrativa (assim como disciplinares, competência essa que configuraria os conselhos como juiz especial) – (Cf. TEROL BECERRA, 1990, *passim*).

Esse modelo de administração do Poder Judiciário produziu, na Europa, o resultado de reforço da independência desse poder, quer no plano externo, quer no interno. No plano externo, diminuiu, visivelmente, a área de influência que o Executivo exerceria sobre os juizes; no plano interno, produziu uma queda, cada vez mais significativa, do poder hierárquico dos tribunais superiores, já que as competências, ainda meramente administrativas, desses tribunais foram transferindo-se para os conselhos.

Evidentemente, como costuma acontecer nos sistemas democráticos, o modelo foi alvo de críticas como a de Satta (1965), para quem

“separar ‘administrativamente’ o juiz-servidor é absurdo; uma coisa é a independência judicial, e outra, o vínculo que como empregado lhe une à Administração. Para evitar que tal vínculo, ainda que indiretamente, se resolva em dependência de sua função jurisdicional, existem as leis de inamovibilidade, requisitos e garantias para o acesso, etc”.

Mas a verdade é que o modelo também permitiu aos juízes exercerem suas competências constitucionais e legais independentemente da vontade política daqueles que, na conjuntura parlamentarista, possuem a maioria.

Entretanto, a eficácia e o papel do conselho dependem muito da sua composição, do modo de designação de seus membros e das suas competências. O direito comparado nos oferece diversas formas de administrar o Judiciário.

Como já foi dito, na França, Portugal, Itália e Espanha existem conselhos superiores da magistratura a quem se reconhece as competências referentes ao estatuto da magistratura e nomeação, ascensão, transferências, seleção, formação, regime disciplinar, etc. Na Itália e Espanha, também lhes são conferidos poderes para emissão de “informes” sobre anteprojetos de leis atinentes à matéria orgânica e processual. Ainda que esses “informes” possam assemelhar-se a um controle preventivo de constitucionalidade, ressalta-se que jamais vincularão qualquer Poder do Estado.

Na Itália e Espanha, também cabe aos conselhos a indicação de altos magistrados (Tribunais Constitucionais e Tribunais Superiores). Na França, Itália e Portugal, existe uma manifesta inter-relação com os outros poderes, seja por meio da titularidade da presidência que se outorga ao Presidente da República, seja pelas faculdades a esse reconhecidas para designar, direta ou indiretamente, parte dos membros que devem compor os conselhos (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1990, p. 77). Também pode vir atribuí-

da ao Legislativo a eleição de uma parte dos membros dos conselhos, como a seguir constatamos.

O Conselho francês é composto por 11 (onze) membros e é presidido pelo Presidente da República – salvo no exercício da potestade disciplinar que será presidida pelo presidente da “Corte de Cassação”. A vice-presidência é ocupada pelo Ministro da Justiça. Dois, entre os onze componentes, são nomeados livremente pelo Presidente da República, a quem ainda compete eleger os demais membros entre os nomes constantes das listas apresentadas pelo Conselho de Estado (Legislativo) e Tribunal de Cassação (Judiciário). (Cf. GARCÍA PELAYO, p. 515-516).

O Conselho italiano está formado por 33 (trinta e três) membros, sendo três natos: O Presidente da República, Presidente da Corte de Cassação e Procurador Geral da Corte de Cassação. Os restantes 30 (trinta) membros são eleitos, 10 (dez), pelo parlamento, em sessão conjunta, entre professores universitários em matérias jurídicas e advogados com 15 (quinze) anos de exercício profissional, e os outros 20 (vinte) entre os magistrados, por um sistema proporcional de listas contrapostas. Na Itália, o conjunto de atividades administrativas do Conselho estão definidas como “administração da jurisdição”, considerando que, apesar de serem substancialmente administrativas, representam uma condição necessária para o exercício da jurisdição (Cf. PIZZORUSSO, 1984, passim).

Em Portugal, como já dissemos (Cf. CANOTILHO, 1984, p. 224-225), o Conselho Superior da Magistratura para os juízes dos Tribunais Judiciais é distinto dos Tribunais Administrativos e fiscais previstos para os magistrados desses órgãos. O Conselho Superior da Magistratura português é composto por 20 (vinte) membros, sendo 4 (quatro) natos (Presidente da República, do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente de um Tribunal de segunda instância e Procurador de Justiça) e 16 (dezesseis) eleitos, sen-

do que 4 (quatro) entre eles devem ser personalidades designadas pela Assembléia da República, 2 (dois) juizes do Tribunal Supremo, 6 (seis) juizes titulares e 4 (quatro) servidores da Administração da Justiça. Os juizes e servidores serão eleitos por sufrágio universal e secreto entre todos os servidores ativos e as listas, elaboradas por organizações sindicais ou associação de juizes ou ainda por um mínimo de 20 eleitores.

O Conselho Geral do Poder Judiciário na Espanha está integrado pelo Presidente do Tribunal Supremo, que o preside, e por 20 (vinte) membros eleitos pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado da seguinte forma: cada uma das casas elege – por maioria de 3/5 – 6 (seis) membros entre juizes de qualquer categoria que se encontrem em atividade; igualmente por maioria, cada uma das casas elege também 4 (quatro) membros entre advogados e outros juristas de reconhecida competência com mais de 15 (quinze) anos de exercício na profissão (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 919-920).

Na Alemanha, não existe nenhum órgão parecido, sendo que a administração da Justiça ali apresenta uma grande dependência do Executivo em tudo o que não é estritamente jurisdicional. Entretanto, um setor da literatura germana vem defendendo, já há vários decênios, a conveniência de centralizar toda competência em matéria de Justiça em um conselho para administração da justiça *Rechtspflegeministerium* (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1996).

### 3.2. A proposição brasileira

No Brasil, a proposta contida na PEC 29/2000 prevê a criação do CNJ composto de 11 (onze) membros oriundos, na sua maioria, do Judiciário. Entretanto, admite-se a participação da OAB na composição que ficaria assim definida: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho – todos indicados por seus respectivos tribunais; um desembargador de Tribunal de Justiça e um de-

sembargador federal de um TRF – ambos indicados em reunião dos respectivos presidentes, assegurada a alternância entre os tribunais de origem dos magistrados; um juiz federal, um juiz estadual e um juiz do trabalho – indicados entre os com mais de dez anos de exercício, mediante eleição da qual participem todos os magistrados das respectivas categorias; e, por fim, dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A competência, primordialmente estabelecida, é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Verificamos, assim, que, seja quanto a sua finalidade, atribuições, competência ou composição, sob nenhum aspecto o CNJ pode ter sua natureza como jurisdicional. Contudo, tampouco pode ser considerado como um órgão de controle “externo”.

A composição dos tribunais jurisdicionais brasileiros também conta com a participação de membros oriundos da advocacia e do Ministério Público. Nem por isso deixam de pertencer ao Poder Judiciário. Assim, a composição de um conselho que conta com a participação de membros oriundos da advocacia não causa espanto nem tem o condão de configurar um controle externo. A ausência de membros do Ministério Público certamente está justificada em razão de que a PEC 29/2000 também cria um conselho superior para o Ministério Público.

Na forma constante da PEC 29/2000, o CNJ trata-se apenas de um órgão de “autogoverno” do Judiciário, e assim deve ser considerado: como apêndice do próprio Judiciário, localizado dentro da estrutura de tal Poder. De toda a forma, mesmo não se tratando de um órgão “externo” estranho à tradicional forma de divisão de poderes, onde quer que seja localizado dentro da estrutura estatal, deve manter sua independência dos demais Poderes do Estado. Nesse sentido, decidiu com muita propriedade o Tribunal Constitucional espanhol:



“la verdadera garantía de que el Consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la Constitución en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los Jueces sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/1986, de 29 de julio. F.j. 10).

De qualquer forma, para concluir, podemos afirmar que o controle a ser exercido sobre o Judiciário não pretende controlar a magistratura, enquanto função do Estado, apenas fiscalizar a organização administrativa desse Poder. Essa fiscalização administrativa é independente da judicial, que é a verdadeira essência da jurisdição como poder-dever de dizer o direito.

Montesquieu afirmou que não existiria liberdade se o poder de julgar estivesse vinculado ao Poder Legislativo ou Executivo. Não podemos confundir o poder de julgar com o Poder Judiciário, enquanto órgão estatal, cuja atribuição primordial é julgar as questões que lhe são apresentadas. Não se pretende controlar o poder de julgar, mas sim o Poder Judiciário como Poder constituído, nas suas funções de administração, fiscalização de seus recursos e agentes (que por sinal são funções específicas dos outros Poderes da União).

#### 4. *Separação de poderes*

Mesmo não incidindo sobre a atividade de julgar específica do Poder Judiciário, o principal óbice encontrado para que, na composição do CNJ, integre membros oriundos de outros poderes constituídos (ou até mesmo da sociedade) é justificado sob o argumento de que uma composição heterogênea, cujos membros pertencessem a distintos poderes, ofenderia a clássica teoria da separação de poderes, o que estaria vedado pela Constituição.

A teoria da divisão dos poderes nasceu concomitantemente com o Estado Consti-

tucional enquanto forma de organização do Poder (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 727). Entretanto, com todo o respeito com que se devem prestigiar as teorias clássicas, é incontestável que o direito, assim como as relações sociais que lhe dão causa, evolui. O direito constitucional não é exceção, visto que inclusive as Constituições rígidas não pretendem ser imutáveis. Assim, os partidários da implantação do chamado “controle externo” defendem a relativização do princípio da separação de poderes, afirmando que nem mesmo Montesquieu defendia uma separação absoluta.

Apesar de encontrarmos as primeiras formulações sobre a teoria da separação dos poderes no direito inglês, foi realmente com Montesquieu que a teoria se transformaria em “doutrina” da separação de poderes e conseguiria aceitação universal (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 726). É mais que conhecido o pensamento de Montesquieu expressado em seu Espírito das Leis de que

“o valor político supremo é a liberdade, o maior inimigo da liberdade é o poder já que todo poder tende ao abuso, mas como o poder só pode ser detido pelo poder é preciso neutralizar seu abuso dividindo o exercício de tal poder em distintos órgãos”.

Por sua vez, a crítica básica que se faz da teoria de Montesquieu e que é invocada pelos defensores do “controle externo” é ressaltada por Constantino Mortati (1973) centrando-se no ponto de que cada poder realiza atos que em sua pureza não lhe corresponderiam, mas que continuam da competência que é reconhecida a cada poder para se auto-organizar. Por exemplo: o Parlamento atua administrativamente ao se ocupar de seu próprio funcionamento, ou judicialmente ao resolver sobre os títulos de admissão de seus próprios membros ou, como no caso brasileiro, onde tem a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, etc. Para o autor, todos os poderes intervêm em funções diferentes das suas específicas. Assim, o Execu-

tivo realiza funções materialmente legislativas (regulamento), o Legislativo, funções executivas (aprovação de orçamentos); o poder Judiciário funções executivas (jurisdição voluntária, administração de tutela); o Poder Executivo desempenha funções jurisdicionais (tribunais administrativos...), etc.

Mesmo que tenha sido muito combatida e que, por certo, não represente um dogma absoluto, a verdade é que a teoria da separação dos poderes transformou-se em um dos cânones do Direito Constitucional e, desde a Constituição de Virgínia (1776), passa a ser considerada como componente essencial de uma verdadeira Constituição, nos termos consagrados pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e recepcionada pela Constituição francesa de 1791.

Críticas sempre existiram. Desde o *Federalista* (1787-1788), James Madison já afirmava que os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si e concluía que Montesquieu “não queria dizer que esses poderes não devem ter nenhuma ingerência parcial, ou nenhum controle sobre atos uns dos outros”.

Ilustrando o caso europeu, de forma a justificar a existência de órgãos cuja localização espacial é inexplicável segundo a clássica teoria da divisão de poderes, Bobbio (1988, p. 376), citando Vergotini, afirma que o princípio da separação de poderes resulta superado. Para ele, a tendência é a afirmação da unidade do poder estatal, que, entretanto, é exercido por meio de uma vasta gama de órgãos colegiados representantes coletivos em nível local, estatal e federal, com atribuições cada vez mais relevantes, que são expressas por órgãos de administração e de jurisdição, coordenados entre si em plano horizontal e vertical.

Porém, o certo, no caso brasileiro, é que a Constituição de 1988 recepciona referida teoria, afirmando, no artigo 2º, que “são poderes da União, independentes e harmôni-

cos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por sua vez, o parágrafo 4º do artigo 60 é taxativo no que diz respeito ao poder reformador: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”.

Apesar dos citados dispositivos constitucionais que, como a maioria das constituições, prestam homenagem ao princípio da separação de poderes, ainda assim concluímos que a proposta brasileira não ofende a Constituição ou o princípio da separação de poderes, pelo mesmo motivo pelo qual não pode ser considerado como controle “externo”: sua composição, a exemplo dos tribunais jurisdicionais, é quase que exclusivamente feita por membros do próprio Judiciário, além de estar localizado espacialmente dentro da própria estrutura de referido Poder.

Contudo, mesmo que se tratasse de uma composição heterogênea com a participação de membros oriundos de outros poderes, ou até mesmo com a participação de cidadãos, ainda assim concluímos que não representaria ofensa ao princípio da separação de poderes, já que não se trata de controlar a atividade de julgar, função específica do Poder Judiciário e fundamento da teoria da separação de poderes, ao contrário, pretende a proposta apenas regulamentar um controle que já existe, transferindo a competência para fiscalizar a atividade administrativa, financeira<sup>6</sup> e disciplinar para um único órgão, criado exclusivamente para esse fim, otimizando, assim, a administração do Judiciário.

Entretanto, ainda devemos estar atentos para o fato de que a função de julgar, “poder tão terrível entre os homens” conforme entendia o próprio Montesquieu, também está na iminência de vir a ser controlada, não por um órgão externo a ser criado para esse fim, mas pelo próprio Judiciário, que pretende vincular a decisão dos seus julgadores às suas próprias decisões. É desse assunto que trataremos a seguir.

### 5. Efeito vinculante e controle da atividade de julgar

A PEC 29/2000 pretende, ainda, instituir a Súmula Vinculante, acrescentando o artigo 103-A ao texto Constitucional. Trata-se de conceder ao STF poderes para editar súmulas, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

O efeito vinculante das decisões do STF pode ser justificado pela supremacia da Constituição. Entretanto, devemos observar bem a natureza de tais decisões, pois as únicas decisões da Suprema Corte que podem vincular são aquelas proferidas no controle de constitucionalidade que compete ao guardião da Constituição. Então, como conferir efeito vinculante a decisões do órgão de cúpula do Judiciário, em matérias infraconstitucionais, sem ofender a independência dos juízes e o princípio da livre convicção de que está investido o julgador de primeiro grau para apreciar o caso concreto?

Admitindo que as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade devem produzir “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, por outro lado rejeitamos por completo a idéia de que as decisões proferidas pela jurisdição infraconstitucional também possam produzir efeitos vinculantes, pois entendemos que, na verdade, contraria, sim, a independência dos juízes, bem como da própria Administração Pública. Imagine-mos, por exemplo, que nos casos de omissões da lei infraconstitucional, se em referidas situações tais matérias pudessem vir a ser sumuladas pela Suprema Corte, em virtude de decisões reiteradas sobre o assunto, vinculando, dessa forma, todo o Judiciário e a Administração Pública, encontrar-nos-íamos diante de casos em que a Súmula Vinculante substituiria a função do legislador

e, isto sim, representaria ofensa ao princípio da divisão de poderes já que legislar é função específica do Poder Legislativo.

É certo que a jurisprudência evolui, mas também é certo que os votos divergentes, às vezes vencidos, muito têm contribuído para essa evolução. Assim, mesmo que a súmula vinculante se estenda aos demais órgãos da Administração Pública, sem, todavia, vincular o próprio STF (que, dessa forma, poderá mudar sua orientação), ainda assim representa um grande perigo como o de transformar os juízes e tribunais inferiores em meros chanceladores das orientações tomadas por seu órgão de cúpula, impedindo-os de se manifestar sobre o assunto sumulado. Tolhe a capacidade criativa do julgador e cerceia seu poder-dever de interpretar as leis e dizer o direito. Da mesma forma, cerceia a atividade administrativa dos órgãos da Administração Pública representando uma ingerência do Judiciário no Executivo.

A pretensão de instituir a Súmula Vinculante para matérias de toda natureza, e não apenas de natureza constitucional, só ocorre porque no Brasil o órgão de cúpula do Judiciário é também o guardião da Constituição. Contudo, se no Brasil fosse criado um Tribunal Constitucional, não haveria mais a necessidade de um controle “interno” do Judiciário ou, em outras palavras, um controle sobre a função de julgar própria do Judiciário.

Essa assertiva está baseada no fato de que, competindo apenas a uma Corte Constitucional a competência para controlar a constitucionalidade das leis (e atos com força de lei) e uma vez que é pacífica a aceitação de que as decisões proferidas nesse tipo de controle de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, essa vinculação representaria a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional e a redução do volume de processos que abarrotam o STF e tribunais em geral, cumprindo, dessa forma, o objetivo de evitar decisões conflitantes e agilizar

a prestação jurisdicional, sem ferir a independência dos juizes. Mas como justificar a criação de um Tribunal Constitucional se esses estão localizados fora da estrutura do Poder Judiciário? É desse assunto que trataremos a seguir.

### *6. A criação do Tribunal Constitucional como forma de controle “externo”*

Desde que Kelsen inspirou a criação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis por meio de Tribunais Constitucionais situados fora do âmbito do Poder Judiciário e mesmo que tenha justificado – com sua célebre teoria acerca do “legislador negativo” – que o modelo concentrado não atenta contra a separação dos poderes, ainda assim inúmeros estudos buscam justificar a legitimidade<sup>7</sup> dessas cortes constitucionais para controlar um órgão democrático (Parlamento). Muito se tem debatido sobre o assunto; entretanto, respostas absolutas ainda não foram encontradas.

Para Kelsen, os Tribunais Constitucionais formam um poder independente dos demais poderes constituídos, cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os seus âmbitos. Além disso, seria um contra-senso que o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição pudesse integrar qualquer um dos poderes que controla. Entretanto, a verdade é que o modelo idealizado por Kelsen pretendeu apenas controlar os atos emanados do legislativo e proteger o direito da minoria de se opor à maioria legislativa<sup>8</sup>. Mas, com a crescente evolução das competências dos Tribunais Constitucionais, esses passaram a controlar também os atos jurídicos emanados do Poder Judiciário que atentam contra a Constituição<sup>9</sup>. É significativa a importância que o modelo europeu empresta ao controle de constitucionalidade, e a cada dia podemos verificar que novas responsabilidades pesam sobre os Tribunais europeus, permitindo que esses se aparelhem com mecanismos processuais que lhes permitem

atuar como verdadeiros “legisladores positivos”<sup>10</sup>, concorrentemente com o Poder Legislativo, fato que faz sempre atual a discussão sobre a legitimidade dessas Cortes.

No Brasil, o modelo que se apresenta para o controle de constitucionalidade é bem distinto do europeu, tendo o Constituinte de 1891 se inspirado no modelo americano em que o sistema de controle é o difuso e a cargo do Poder Judiciário. É certo que a Constituição brasileira – desde a EC 16, de 6.12.65 – também presta homenagem ao sistema kelseniano, admitindo o controle concentrado cujas decisões são dotadas de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Entretanto, também é certo que modelos puros, conforme idealizados por seus criadores, são cada vez mais escassos. Assim, a cada dia, cresce a aceitação e proliferação de sistemas híbridos (Cf. PEGORARO, 2002) cuja implantação, na prática, vem exigir aperfeiçoamentos dos sistemas tradicionais, visando a atender as particularidades do direito interno de cada país.

De qualquer forma, é de bom alvitre recordar que ambos os modelos – americano e europeu – consagram a Constituição como norma fundamental e hierarquicamente superior a todo o ordenamento normativo existente num determinado país<sup>11</sup>, pois é exatamente sobre esse pilar que se assentam todas as teorias que versam sobre o controle de constitucionalidade. De qualquer sorte, no que se refere à diversidade dos modelos de Justiça Constitucional, adverte Rubio Llorente (1997) que “falar hoje de um sistema europeu [refere-se ao modelo idealizado por Kelsen] carece de sentido, porque existem mais diferenças entre os sistemas de justiça constitucional existentes na Europa que entre alguns deles e o norte-americano”.

Além da Europa Ocidental e posteriormente da Europa do Leste, os Tribunais Constitucionais aparecem ainda como elemento de consolidação da democracia em vários países de toda América Latina, podendo ser encontrados na América do Sul em países como Peru e Equador, sempre ins-

pirados no modelo europeu, ainda que atendam a suas particularidades internas. No Brasil, também, já houve uma tentativa de implantação de um Tribunal Constitucional. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte que elaborou a Carta de 1988, foi votada a Emenda nº 1916 – Substitutiva, rejeitada por 263 votos desfavoráveis, contra 130 votos favoráveis e 2 abstenções, entre os 432 Constituintes presentes à votação<sup>12</sup>. O principal argumento para a rejeição da criação de um Tribunal Constitucional brasileiro foi o reconhecimento de que o STF é o guardião da Constituição<sup>13</sup>.

Nos termos da Emenda Substitutiva nº 1916, a composição do TC brasileiro seria de 16 ministros, todos nomeados pelo Presidente da República para um período de oito ou nove anos. Porém, a indicação, ao contrário do que ocorre hoje com os ministros do STF, estaria a cargo dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além da OAB e Ministério Público. Apesar de que todos os ministros devessem ser nomeados pelo Presidente da República, a fim de garantir uma ampla representação social, a indicação dos ministros seria assim distribuída: quatro ministros indicados livremente pelo Presidente da República e quatro pelo Congresso Nacional (dois pelo Senado e dois pela Câmara dos Deputados), escolhidos entre professores de Direito e advogados de reconhecida competência, comprovada prática democrática e em defesa dos direitos humanos, com mais de quinze anos de exercício profissional; quatro indicados pelo Judiciário entre os magistrados; dois indicados pelo Ministério Público e dois pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Um dado curioso que se extrai das Atas da Assembléia Constituinte é que os ministros do STF, então constituintes, Maurício Correia e Nelson Jobim votaram contrariamente à criação do TC, ao passo que Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva votaram favoravelmente.

Passados quinze anos da promulgação da Constituição, no atual momento históri-

co de transformações sociais, o assunto da Reforma do Judiciário ganha destaque e relevância. A necessidade de uma reforma, ampla e urgente, vem sendo admitida publicamente – ainda que com diferentes enfoques e fundamentos – pelas mais altas autoridades do país integrantes dos três Poderes, Ministério Público, OAB, AGU e, principalmente, pelo Povo, que espera que anunciadas reformas possam conduzir o Brasil para o caminho do bem-estar social. Mesmo assim, em nenhum momento vimos serem reacesas as discussões sobre a implantação, no Brasil, de uma jurisdição exclusivamente constitucional.

A criação de um verdadeiro Tribunal Constitucional, que, baseado no modelo europeu, estivesse situado fora da estrutura do Poder Judiciário, não representaria, necessariamente, o fim absoluto do controle difuso, característico no Brasil, que mescla elementos do controle concentrado ectrópico. Junto com a Corte Constitucional poderiam, também, ser criados mecanismos para que juízes e tribunais, ao depararem com o caso concreto cujo julgamento dependa de interpretação de matéria constitucional – que ainda não tenha sido submetida ao controle concentrado –, pudessem decidir a matéria constitucional ao julgar o caso concreto, por não estarem vinculados a nenhuma decisão antecedente.

Contudo, decidindo pela inconstitucionalidade, imediatamente deveriam proceder à “remessa de ofício” para que o Tribunal Constitucional decida, definitivamente, a matéria constitucional, decisão essa, que, evidentemente, seria dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, inclusive quanto aos processos em andamento. No caso de a decisão proferida pelo juízo remeteente ser contrária à posterior decisão (então vinculante) da Corte Constitucional, os autos seriam então devolvidos à origem para julgamento do caso concreto, mas em consonância com a interpretação constitucional realizada pelo TC, que é a quem, verdadeiramente, compete a interpretação cons-

tucional. Esses ou outros mecanismos poderiam ser criados no objetivo de implantar um sistema de controle constitucional que atendesse as particularidades do caso brasileiro.

Observamos, entretanto, que esse controle, sim, representaria um controle “externo” vez que a jurisdição constitucional não está localizada dentro da estrutura do Judiciário ou de qualquer outro poder constituído. Assim, a função de julgar, específica do Poder Judiciário, seria controlada, mas apenas quanto à sua constitucionalidade, cuja competência já não lhe pertencerá.

A criação de um Tribunal Constitucional teria como conseqüência imediata resolver um dos principais problemas que assolam o Judiciário, pois representaria a imediata redução do volume de processos que abarrotam nossos tribunais, já que a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes atingiriam todos os processos em andamento que versem sobre a matéria decidida pelo Tribunal Constitucional. Por sua vez, a conseqüência desta redução do exorbitante número de processos acarretaria, pelo menos em parte, a solução de outro problema, que é o da morosidade na prestação jurisdicional.

Representaria ainda o fim da coisa julgada inconstitucional, vez que todo processo que decidir matéria constitucional deve obrigatoriamente ser remetido ao Tribunal Constitucional, verdadeiro intérprete da Constituição. Assim, outro grave problema restaria resolvido, pois já não haveria a possibilidade de existirem interpretações constitucionais conflitantes que decidissem diferentemente casos concretos semelhantes. Mas, por se tratar de controle “externo”, como explicar a questão de sua legitimidade? Na verdade, esse é um dos temas mais tormentosos e polêmicos desde a implantação da Justiça Constitucional na Europa. O certo é que a convergência entre os sistemas europeus e americanos, que a cada dia cria novos modelos de jurisdição constitucional, vem sempre situando essas cortes fora dos

Poderes constituídos, apesar de também criar seus próprios mecanismos internos de controle de constitucionalidade.

Ciente de que o problema da inserção dos TC no sistema político constitucional global enseja muitas controvérsias, acreditamos não se tratar de pretensão de nossa parte sugerir que a legitimidade da implantação, no Brasil, de uma jurisdição exclusivamente constitucional possa encontrar sua justificação na própria supremacia da Constituição e na soberania popular expressa por meio do Poder Constituinte. Explicamos.

Sem pretensão de ser imutável, a própria Constituição prevê seus mecanismos de reforma que Bobbio (1988, p. 115) chama de “Poder constituinte em sentido impróprio”, já que não podem criar um novo ordenamento, limitando-se apenas a modificar ou acrescentar detalhes ao texto constitucional para adaptá-los às novas exigências sociais. Na nossa realidade, em que pesem as limitações do artigo 60/CF, não nos parecem bem claros os reais limites que tem o poder reformador para modificar a Constituição, já que, não raro, criam sim um novo ordenamento. Mas esse é um tema que deve ser enfrentando brevemente pelo STF diante das reformas atuais, que na prática estão criando um novo ordenamento constitucional.

De qualquer forma, se admitirmos que o poder reformador trata-se de um poder constituinte “impróprio”, que é exercido de forma permanente pelo parlamento, podemos afirmar, ainda, que a vontade do Poder Constituinte originário, como poder de todos os cidadãos (ou do povo em geral) e, portanto, dos titulares da soberania, também deve permanecer no tempo (ainda que o exercício da função constituinte – em sentido próprio – somente se verifique uma vez na vida de um Estado já que um novo exercício da origem a um novo ordenamento) (Cf. BOBBIO, p. 115). Essa fiscalização permanente é um dos fundamentos do controle de constitucionalidade já que a Constitui-

ção é hierarquicamente superior aos poderes que ela mesmo constitui.

Se, além da Constituição material, a vontade ou intenção do Constituinte originário, ao elaborar a norma constitucional, também deve ser respeitada de modo permanente e se são os Tribunais Constitucionais os órgãos encarregados de fiscalizar essa vontade do Constituinte, materializada na própria Constituição, podemos afirmar, então, que esse poder de controlar a Constituição decorre do próprio Poder Constituinte, sendo uma de suas manifestações. Sendo decorrência do Poder Constituinte, não se situa na esfera dos Poderes Constituídos. Especialmente situar-se-ia ao lado do Poder Constituinte.

Contudo, devendo ser uma das manifestações do Poder Constituinte originário, a implantação da jurisdição Constitucional no Brasil, separada da jurisdição ordinária, apenas poderia ser realizada por meio da convocação de nova Assembléia Constituinte, a não ser que considerássemos que ela já tenha sido implantada pela Constituição de 1988 ao estabelecer, no art. 102, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Ao vincar tal interpretação, bastaria transferir para o STJ as demais competências que hoje são atribuídas ao STF e que não versam sobre a guarda da Constituição para transformarmos o STF numa verdadeira Corte Constitucional e o STJ em órgão de cúpula do Judiciário, último grau de uma hierarquia e de uma carreira.

Por entendermos que a fiscalização da constitucionalidade não pode ser entregue apenas à jurisdição comum ou ordinária, registramos aqui nossa proposta esperando que ela possa ensejar debates no campo das idéias, que venham a culminar em projeto para que o STF seja tido como um verdadeiro e próprio Tribunal Constitucional, assumindo seu verdadeiro papel de exclusivo guardião da Constituição, cuja composição assegure o pluralismo como resultado de uma ação transparente e democrática.

## Notas

<sup>1</sup> A proposta é de autoria do Deputado Hélio Bicudo e o número na origem é PEC 96/1992. No Senado, recebe o número de PEC 29/2000, sendo o atual relator o Senador José Jorge (PFL/PE).

<sup>2</sup> Redação da PEC 29/2000.

<sup>3</sup> Proposta contida no parecer da Deputada Zulaiê Cobra.

<sup>4</sup> Recordamos que a Lei Complementar nº 35 de 14.3.79 dispunha sobre o Conselho Nacional da Magistratura como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário e sede na capital da União e jurisdição em todo território nacional.

<sup>5</sup> Emprega-se o plural porque em Portugal considera-se como diferentes “corpos” da Justiça os tribunais administrativos e fiscais, o Ministério Público e os próprios tribunais judiciais. Todos os integrantes desses órgãos são considerados “magistrados” (Cf. CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 224-225).

<sup>6</sup> Referida fiscalização sobre a atividade financeira, sem embargo, não exclui o controle externo de competência do Tribunal de Contas que continua sendo exercido nos termos da Constituição, bem como o controle de competência do Legislativo no que diz respeito à elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

<sup>7</sup> Referida polémica foi colocada em evidência em Lisboa por ocasião do 10º aniversário do Tribunal Constitucional português e registrada na obra coletiva: Brito et al. (1995). Ainda: Rosseau (2002).

<sup>8</sup> No parlamentarismo europeu atual, o controle de constitucionalidade visa, ainda, garantir um controle efetivo do Executivo ou Governo, considerando que a evolução do regime parlamentarista para um “regime majoritário” desemboca no fato de conferir uma imunidade jurisdicional das ações do Governo na medida em que seus projetos de lei são votados “sem pestanejar” por uma maioria parlamentarista às “suas ordens” (Cf. FAVOREAU, 1994, p. 26).

<sup>9</sup> Tribunais Constitucionais como os da Alemanha, Itália e Espanha admitem que seja discutida a constitucionalidade das decisões jurisdicionais (o amparo espanhol é dirigido, principalmente, contra as decisões proferidas pelo judiciário). A crítica doutrinária é no sentido de que referido controle assemelha os Tribunais Constitucionais a “supertribunais de cassação” que funcionariam como um terceiro ou quarto grau da jurisdição ordinária. Posicionamo-nos contrariamente a essa crítica, pois entendemos que é exatamente o fato de competir aos TC o controle de constitucionalidade das decisões do judiciário, que faz dessas Cortes o controlador “externo” do Judiciário.

<sup>10</sup> Exemplo clássico para ilustrar o tema nos dá o TC italiano por meio das chamadas “sentenças

manipulativas substitutivas”, que, a fim de conformar a lei denunciada com o que determina a Constituição, substitui o texto por outro. Sobre o assunto, Zagrebelsky (1988); Pizzorusso (1984). Ainda em espanhol, entre outros: Rubio Llorente (1988); Figueruelo Burieza (1993); Rosseau (2002).

<sup>11</sup> Ressaltamos que, na atualidade, estuda-se o projeto de uma “Constituição” para toda a União Européia, fato que poderá ter como consequência a idealização de uma justiça constitucional supranacional.

<sup>12</sup> Dados coletados do DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (1988, p. 9.055-9.061).

<sup>13</sup> Merece destaque o trecho do voto do relator, Senador Bernardo Cabral, que na oportunidade, posicionando-se contrariamente à criação de um TC, assim se manifestou: “ Basta apenas fazer uma pergunta ao Plenário: quem é que faz, porque a competência é sua, a guarda da Constituição? Supremo Tribunal Federal. O que esta Assembléia aprovou? Aprovou a manutenção do Supremo Tribunal Federal e criou, já aprovado, o Superior Tribunal de Justiça. O que o Superior Tribunal de Justiça faz? Vela pela vigência e uniformidade interpretativa da lei federal. Portanto, não há como, a esta altura, pensar-se na criação de um Tribunal Constitucional, pois seria ferir, cortar, podar a competência do Supremo Tribunal Federal.”

### Bibliografia

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo Vientiuno de España, 1988. Tradução para o espanhol por Martí Soler.

BRITO, José de Sousa. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28-29 maio 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DIÁRIO da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, p. 9055-9061, 7 abr. 1988.

FAVOREAU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FIGUERUELO BURIEZA, Angela. La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder le-

gislativo. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madrid, n. 81, p. 47-72, jul./sep. 1993.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. Tradução para o espanhol por Roberto J. Brie.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Tradução para o português e notas de Pedro Vieira Mota.

MORTATI, Constantino. *Le forme di Governo*. Padova: CEDAM, 1973.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid: Ediciones Akal, 1990.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Introduzione al Diritto Pubblico comparato: metodologie di ricerca*. Padova: CEDAM, 2002

PÉREZ-ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8. ed. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2002

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Tradução para o espanhol por Javier Jiménez Campo.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. Tradução de Isabel Ortiz Pica.

RUBIO LLORENTE, Franciso. La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 22., 1988.

\_\_\_\_\_. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: VV.AA. *Manuel Fraga: homenaje académico*. Madrid: Fundación Canovas del Castillo, 1997. v. 2.

SATTA, Salvatore. Intervento. In: *Le proposta di legge per la riforma del Consiglio superiore della magistratura*. Milano: [S. n.], 1965.

TEROL BECERRA, Manuel José. *El consejo general del poder judicial*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.