

O Tribunal Constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes

Rodrigo Carneiro Gomes

RESUMO

Ao redor do mundo, os países adotaram seu próprio modelo de corte constitucional e se agruparam em torno de dois modelos típicos: o norte-americano e o europeu, com adaptações pontuais à realidade histórica e socioeconômica de cada qual. Na Europa, todas as novas Constituições preveem a existência de uma Corte Constitucional, cujas principais características são: a.) jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional; b.) competência precípua para julgar as ofensas aos direitos fundamentais; c.) situada fora do aparelho constitucional ordinário; independente do Poder Judiciário e dos poderes públicos; d) decisões com efeito “erga omnes”; e.) não vinculação ou não-obrigatoriedade de uma designação formal (Conselho, Tribunal, Corte Suprema); f) observância estrita da natureza de suas funções para caracterização de uma Corte verdadeiramente Constitucional.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional. Crise. Europa. Características. Controle de constitucionalidade. Autonomia.

The Constitutional Court: Its elements and structure of the separation of powers

ABSTRACT

Around of the world, the countries had adopted its proper model of constitutional court and they had grouped around two typical models: the North American and the European, with prompt adaptations to the historical and partner-economic reality of each one. In the Europe, all the new Constitutions foresee the existence of one Constitutional Court, whose main characteristics are: a.) the created jurisdiction to know and exclusively the constitutional litigation office special; b.) main ability to judge the offences to the basic rights; c.) situated out of the usual constitutional device; independent of the Judiciary Power; d) decisions with effect “erga omnes”; e.) not entailing or not-obligatoriness of a formal assignment; f) strict observance of the nature of its functions for characterization of one certainly Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Court. Crisis. Europe. Characteristics. Control of constitutionality. Autonomy.

Rodrigo Carneiro Gomes é Delegado de Polícia Federal. Professor da Academia Nacional de Polícia (ANP). Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado em Processo Civil, em Segurança Pública e Defesa Social. Foi assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O contemporâneo Estado democrático de Direito e a moderna sociedade brasileira do século XXI encontram-se sob a égide da supremacia da jurisdição constitucional exercida, entre nós, pelo Supremo Tribunal Federal, que aborda a quase totalidade dos temas relevantes da atualidade de interesse dos poderes constituídos, de diversos estratos sociais e setores da economia. São abordados e disciplinados temas variados como liberdades e garantias individuais, progressão de regime em crimes hediondos, privatizações, fidelidade partidária, mandatos eletivos e direitos da minoria parlamentar, por exemplo.

Para Nanci de Melo e Silva, “As garantias constitucionais da jurisdição fornecem dados essenciais para a compreensão dos sistemas constitucionais e processuais, como elementos necessários à configuração da jurisdição constitucional e a garantia efetiva dos direitos inscritos nos sistemas jurídico-constitucionais”, sendo que o “Estado Democrático de Direito não pode ser apenas uma figura de mera retórica. Há que se colocar a segurança e a certeza da justiça em estruturas menos instáveis que as normas jurídicas, mesmo as constitucionais”.¹

Decisões definitivas sobre temas polêmicos que recheiam a vida política do país e deixam governantes e altas autoridades da República em sobreaviso são proferidas pelos onze cidadãos brasileiros de notável saber jurídico e reputação ilibada², Ministros da mais alta corte de justiça brasileira.

Essa perfeita e simétrica atuação do Supremo Tribunal Federal tem sua razão de ser, pois “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Para que isso não ocorra é preciso que o poder freie o poder”.³

Observa Alexandre de Moraes que é importante estabelecerem-se os três pilares da legitimidade da justiça constitucional, para que se compatibilize o governo da maioria e o controle jurisdicional de constitucionalidade: complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, composição dos Tribunais Constitucionais e fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais. O ilustre jurista dita que:

A questão da legitimidade da justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato

¹ SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.xi.

² Art. 101 da C.F.-1988.

³ Montesquieu, em sua clássica obra *O espírito das leis*, em “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, Livro XI, p.120.

normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa.⁴

Ao redor do mundo, os países adotaram seu próprio modelo de corte constitucional e se agruparam em torno de dois modelos típicos: o norte-americano e o europeu, com adaptações pontuais à realidade histórica e socioeconômica de cada qual.

Nos Estados Unidos impera o “judicial review”. O “judicial review”, de acordo com Charles Black (1960) tem duas funções primárias, tais como o controle da atuação governamental e de sua legitimidade e a fiscalização dos ramos políticos do governo na medida em que a respectiva atividade prevista constitucionalmente é interpretada pela Corte Suprema.

Para Aziz Huq, da Columbia Law School for the center on international cooperation, New York University:

Judicial review is a court's power to review, and possibly nullify, laws and governmental acts that violate the constitution and higher norms. It is a way to assure that governmental actors respect the constitution and do not use powers granted to them by the constitution to seize illegitimate power. Judicial review is generally the final word by a governmental institution on a law's validity.⁵

No Brasil, vige um modelo híbrido entre o norte-americano (“common law”, precedentes jurisprudenciais) e o europeu (corte eminentemente constitucional, em estrutura diversa do Poder Judiciário).

Para alguns, o modelo de jurisdição constitucional brasileira reuniria o melhor dos dois mundos.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO Kelsen

A garantia da jurisdição constitucional tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais e preservar a integridade do ordenamento constitucional, extirpando-se as leis que conflitem com a lei maior que é a Constituição.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003, pp.66-67.

⁵ HUQ, Aziz. Summary of Papers on Constitutional Courts and Judicial Review. Disponível em: <http://www.cic.nyu.edu/archive/pdf/E23SummaryConstitutional%20Court%20Judicial%20ReviewAHAq.pdf>. Acesso em 20.07.2007.

O dogma de intangibilidade parlamentar de Rousseau é afastado aos poucos, segundo Colomer Viadel, da Universidade de Valência, Espanha:

(...) la culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará solo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa —hija de la Revolución de 1789— de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo

soberano. De acuerdo con esta interpretación, como ha señalado Francois Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad.⁶

Quando Hans Kelsen propugnou pela criação de Tribunais Constitucionais, há mais de setenta anos, seguiu-se, em 1929, o famoso debate que Kelsen travou com Carl Schmitt, em que aquele sustentou que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um Tribunal Constitucional, que apreciaria as questões jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição.

Kelsen propalava que o ordenamento jurídico configurava-se “como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa pelo controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior”.

Na explicação do Ministro Carlos Mário Velloso, do Supremo Tribunal Federal, com a propriedade que lhe é peculiar “é que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado e ‘uma Constituição, na qual não existia a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico. Carl Schmitt, a seu turno, recusava a ideia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um Tribunal ‘fazer política’, na defesa da constituição. Essa caberia, sim, a um órgão político”.

Cardoso da Costa, citado por Velloso, pontua que essas duas posições exprimem “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era de Schmitt), e, conseqüentemente, do que deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’;

⁶ COLOMER VIADEL, Antonio. *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995, p.25.

como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdicional”.⁷

Sem dúvida, Hans Kelsen concebe o Tribunal Constitucional como meio de fazer frente ao poder da magistratura de jurisdição ordinária que poderia ditar sentenças contra o texto da lei, valendo-se da qualidade de mediador entre o direito e a “consciência jurídica da comunidade”. Com isso, buscava Kelsen valorizar o texto legal e elevar a constituição como fundamento de ordem jurídica e, por consequência, embasar a criação de um “Tribunal Constitucional” em que as divergências entre a lei ordinária e a constituição seriam resolvidas na função desse Tribunal Constitucional como um “legislador negativo”, vedado ao magistrado de jurisdição ordinária promover o controle difuso de constitucionalidade, numa ótica positivista de atividade judicial meramente técnico-jurídica.

Segundo os estudos do modelo proposto por Kelsen, a jurisdição constitucional não se repartiria, cabendo o exercício da jurisdição ordinária legal ao Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional privativamente a um órgão próprio e independente, o Tribunal Constitucional, destacando-se que o magistrado de carreira não tem investidura democrática;

Também Carl Schmitt diverge quanto à caracterização da atividade de interpretação da constituição como jurisdicional, pois tal mister seria função legislativa, ao passo que considera de maior relevo a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Constitucional.

3 O MODELO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA EUROPA

A criação de um Tribunal Constitucional parte do pressuposto de que não basta a lei ser produzida por um Poder cujos representantes sejam eleitos pelo voto popular, com mandato concedido pelo povo democraticamente, mas que essa lei esteja em permanente harmonia com a ordem jurídica constitucional.

Para Enterría:

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior; aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía

⁷ VELLOSO, Carlos Mário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n.12, mar. 2002.

*es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.*⁸

Na Europa, todas as novas Constituições preveem a existência de uma Corte Constitucional, cujas principais características são **a.)** jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional; **b.)** competência precípua para julgar as ofensas aos direitos fundamentais; **c.)** situada fora do aparelho constitucional ordinário; independente do Poder Judiciário e dos poderes públicos; **d)** decisões, com efeito, “erga omnes”; **e.)** não vinculação ou não-obrigatoriedade de uma designação formal (Conselho, Tribunal, Corte Suprema); **f)** observância estrita da natureza de suas funções para caracterização de uma Corte verdadeiramente Constitucional.

O emérito constitucionalista André Ramos Tavares, após asseverar que a distinção das funções do Estado não se baseia exclusivamente no aspecto material (executiva, legislativa e judicial), mas também no formal (incluindo a dimensão orgânica), implicando no reconhecimento da existência de órgãos particulares para desempenharem a função jurisdicional, admite que foi reconhecido ao Tribunal Constitucional o desempenho de um conjunto de funções: de fiscalização (defesa) e de aplicação (cumprimento) da Constituição e prossegue:

Uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que a primeira deve exclusivamente direcionar-se para a aplicação da Constituição. O motivo-finalidade (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, mas com a exclusiva finalidade de defesa da Constituição.⁹

Pelo fato de não haver controle difuso nos países europeus que adotaram o modelo do Tribunal Constitucional, os tribunais ordinários (não constitucionais) remetem todos os processos em que se levanta qualquer questão constitucional à Corte Constitucional.

3.1 Breve histórico

Pode-se dizer que a história das Cortes constitucionais teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29-02-1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1-10-1920).

⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

⁹ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. In: *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a.43 n.171, jul./set. 2006, p.21.

Segundo Favoreu, Kelsen foi imprescindível para a criação do modelo europeu de Tribunal Constitucional, tendo sido seu o projeto da Constituição da Áustria de 1920. Kelsen foi o primeiro relator permanente da Corte, após ser nomeado em 1921.¹⁰

O movimento de criação de Tribunais Constitucionais europeus inicia-se em 1920, na Áustria e na República Tcheca. Uma segunda onda criadora surge após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, na Alemanha, Turquia, Iugoslávia e França e, em um terceiro período esparsos, a partir de 1970, em Portugal, Espanha, Grécia, Bélgica, Polónia, Hungria, Romênia, Bulgária, Albânia, Lituânia, Rússia, Armênia. Diga-se que, dentre os ordenamentos jurídicos dos países citados, apenas em Portugal, há a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Alguns países como a Grécia, Dinamarca, Suécia e Noruega adotaram modelo de sistema de justiça constitucional próximo ao modelo estadunidense (unidade de jurisdição, sem separação de contenciosos) que, aparentemente, é menos atentatório aos direitos do parlamento, sem confronto direto e aberto com o legislador (mas não deixa de ser preocupante um governo de juízes).

Todas as Constituições escritas da época moderna são baseadas em acontecimentos das revoluções norte-americana e francesa, com a única exceção da Grã-Bretanha, que possui em vigor, ao lado de normas consuetudinárias da época medieval e de numerosas leis ordinárias, alguns atos normativos solenes muito antigos como a Magna Carta de 1215, Bill of Rights de 1689 e o Act of Settlement de 1701, os quais, ainda assim, são interpretados de maneira bem diversa do passado, na lição do constitucionalista Biscaretti di Ruffia¹¹. Para o emérito mestre italiano, as diversas Constituições promulgadas a partir de 1787 podem ser classificadas em uma série concatenada de ciclos constitucionais sucessivos¹².

A obra referida é precedida de estudo preliminar apresentado por Héctor Fix-Zamudio (Cidade Universitária, junho de 1995), tradutor do livro, no qual assinala a origem do modelo de constitucionalismo dos países latino-americanos, que tomou como base a Constituição norte-americana de 1787, em muitos aspectos.¹³ Dessa forma, foi introduzida a revisão judicial de constitucionalidade das leis, nos países latino-americanos, os quais, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, foram

¹⁰ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p.30.

¹¹ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. "In" Premisa Metodológica – I. La 'ciencia del derecho constitucional comparado' y sus tareas actuales. Id. *Introducción al derecho constitucional comparado* – las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.93.

¹² "En consecuencia, puede demostrarse que la etapa del 'constitucionalismo clásico' se desarrolló en el mundo moderno entre 1878 y el fin de la primera Guerra Mundial de acuerdo con cinco 'ciclos sucesivos', por medio de una serie de conceptos y de realizaciones que se perciben fácilmente en su progresividad lineal, incluyendo las siguientes Constituciones: revolucionarias del siglo XVIII (1789-1799), napoleónicas (1799-1815), de la Restauración (1815-1830), liberales (1830-1848) y democráticas (1848-1918), entre ellas varias de carácter federal (1848-1874); pero a partir de entonces las Constituciones se han orientado en direcciones diversas y contrastantes". Ibidem, p.93.

¹³ Ibidem, pp.30-31.

influenciados pelo modelo europeu, de certa forma, sem afetar, essencialmente, o modelo norte-americano antes adotado e sem torná-lo incompatível com a realidade latino-americana:

X. A) Em primer término, es preciso señalar que, luego de su independencia, los países latinoamericanos recién formados tomaron la Constitución de los Estados Unidos de 1787 como su modelo en muchos aspectos. En particular, por medio de la influencia de la clásica obra de Alexis de Tocqueville, La democracia en América¹⁴, introdujeron de manera paulatina la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el sistema calificado de ‘americano’, de acuerdo con el cual todos los jueces ordinarios (y en ciertos casos sólo algunos de ellos) pueden decidir, en los procesos concretos de los cuales conocen, sobre la conformidad de la ley aplicable con la Constitución (sistema difuso), de oficio o a petición de parte (por vía incidental), y la resolución que dicten declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas sólo tiene efectos para esos casos concretos (desaplicación)¹⁵.

Después de la segunda Guerra Mundial surgió el llamado ‘sistema continental europeo’ de control de la constitucionalidad de actos de autoridad, llamado también ‘austriaco’ por haberse inspirado en el modelo de la Constitución de Austria de 1920¹⁶. Los tribunales o cortes constitucionales se extendieron de manera considerable en los países de Europa Occidental en la segunda posguerra, como lo destaca con precisión Biscaretti, y después también para otros ordenamientos, de modo muy dinámico¹⁷.

Este sistema ‘europeo’ o ‘austriaco’ se ha difundido ampliamente en América Latina en las últimas décadas, primero de manera incipiente, pero en los años recientes con mayor vigor, sin que se hubiese afectado esencialmente la tradición ‘americana’, es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o, en su caso, por la corte o el tribunal supremos. Por el contrario, en el continente europeo predominó, sin ser absoluto, el criterio opuesto, es decir, el de la prohibición en principio a los propios jueces ordinarios para decidir las cuestiones de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su conocimiento¹⁸.

¹⁴ Cuya primera edición castellana, traducida por A. Sánchez de Bustamante, apareció en París en 1835 y fue ampliamente conocida por los juristas y políticos latinoamericanos poco tiempo después (Hay edición del FCE, trad. De Luis R. Cuellar, 2.ed., México, 1957).

¹⁵ Cfr., entre muchos otros, Eder, Phanor, ‘Judicial Review in Latin America’, en Ohio Law Journal, 1960, pp.570-615.

¹⁶ Dicha Carta fundamental se nutrió de las ideas del ilustre jurista Hans Kelsen, quien formó parte de la comisión que redactó su proyecto. Dicho ordenamiento introdujo un tribunal especializado para la solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, que recibió el nombre de ‘Corte Constitucional’ (Verfassungsgerichtshof). Se caracteriza por el planteamiento en vía directa de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad ante un órgano especializado (concentrado), y las resoluciones de inconstitucionalidad de normas generales tienen efectos erga omnes. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. Los tribunales constitucionales y los derechos humanos. 2ª. ed.. México: UNAM-Porrúa, 1985, pp.43-84.

¹⁷ Cfr. el excelente estudio panorámico, no obstante su brevedad, de Favoreu, Louis, Los tribunales constitucionales, trad. de Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994.

¹⁸ Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. cit., pp.49-59.

3.2 A difusão do modelo

Por razões históricas, reveladoras de possibilidade de arbítrio dos poderes legislativo e executivo na elaboração e aplicação de leis votadas conforme maiorias parlamentares circunstanciais, com grave descrença nos juízes ordinários, difundiu-se o modelo de corte constitucional para coibir a ausência de controle sobre as leis, antes existente.

O fenômeno da ampliação da adoção do modelo concentrado de constitucionalidade se fez também presente na América do Sul, com a reforma constitucional boliviana de 1994, e a conseqüente implementação do Tribunal Constitucional em junho de 1999, cujas funções são relatadas por José Antonio Riviera Santivañez, magistrado suplente do Tribunal Constitucional boliviano:

Está claro que el Tribunal Constitucional de Bolívia ha comprendido que su papel fundamental es el de preservar el orden constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia pacífica, el resguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos y el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio que garantiza la paz social, todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado Social de Derecho. Pero también ha comprendido que el cumplimiento efectivo de su papel implica que deberá desarrollar una verdadera teoría y doctrina constitucional a partir de una adecuada interpretación de la Constitución, así como de las demás disposiciones constitucionales a partir del texto constitucional. En suma, se trata de una labor de pedagogía constitucional orientada a consolidar las instituciones democráticas y el orden constitucional.¹⁹

No Brasil, defende Sarlet, com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), hoje dominam os componentes de um controle abstrato e concentrado, amplamente reconhecido no cenário europeu e, mais atualmente, no leste europeu e na Ásia.²⁰

3.3 O modelo norte-americano e o modelo europeu de Corte Constitucional: diferenciação

Há traços em comum entre as diversas cortes constitucionais europeias, dentre os quais se destaca: **a)** um procedimento de triagem, com a composição de uma comissão de número reduzido de juízes (normalmente três) para decidir da adequação ou não

¹⁹ SANTIBÁÑEZ, José Antonio Riviera. La doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001. Buenos Aires: Konrad Adenauer-Stiftung, 2001, p.62.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Revista Diálogo Jurídico*, a.1, v.1, n.3, jun. 2001, p.14.

das arguições em seus fundamentos constitucionais; **b.)** um número médio entre nove e dez juízes nos Tribunais Constitucionais, com presidente e vice-presidente; **c.)** mandato para os juízes; **d.)** aposentadoria compulsória aos 70 anos; **e.)** indicação é política, notadamente do Parlamento, podendo haver a escolha também de juízes de carreira (o reverso disso é a negociação de interesses exclusivamente partidários); **f.)** enaltecimento à nomeação de professores universitários.

Carlos Bruno Ferreira da Silva, em nota de rodapé, no seu trabalho sobre “Jurisdição constitucional procedimentalista”, expõe que embora seja paradoxal que também os Tribunais Constitucionais da atualidade sejam acusados de ativismo judicial “estes tribunais abandonaram na prática seu modelo, tendo se inclinado para seguir o ‘judicial review’ da Corte Suprema norte-americana, em virtude do conteúdo aberto das constituições que buscavam preservar, mas também por uma metodologia que renovou o interesse pela resolução dos casos concretos (a ‘tópica’)”.²¹

Veja-se que no sistema estadunidense, a jurisdição é exercida pelos juízes de maneira difusa, diversamente do modelo concentrado europeu do Tribunal Constitucional.

Para Tocqueville, o poder político, na confrontação das leis, conferido aos juízes americanos não é uma autorização para o embate apaixonado ou para proteção do direito individual:

Os estadunidenses ... confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, obrigando-os a não atacarem as leis senão por meios judiciais, diminuíram bastante os perigos desse poder.

Se o juiz pudesse atacar as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, entraria estrepitosamente na cena política tornando-se campeão ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei em um debate anônimo e em uma aplicação particular, esconde em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua sentença não tem outro objetivo senão o de proteger um interesse individual; a lei só é atacada por acaso.²²

Habermas (1992, p. 293), citado pela professora e Conselheira do Tribunal Constitucional Português Maria da Assunção Andrade Esteves, em seu livro de artigos e pareceres jurídicos, observa que “a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a

²¹ SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Jurisdição constitucional procedimentalista. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, edição 5, publicado em 8/3/2005.

²² TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América – leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. Coleção Paideia. 2.ed., vols. I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.22.

actividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da divisão de poderes²³”.

Para a renomada constitucionalista, a crítica não é contra o controle judicial de constitucionalidade, mas contra a interpretação judicial criadora, fundamentada na tese de que o magistrado carece de legitimação democrática e que, por isso, sua atuação está cingida à aplicação do direito preexistente²⁴. De fato, como leciona a preclara constitucionalista, o fundamento do controle de constitucionalidade das leis não se limita à exigência de garantia da unidade sistemática do Direito – concepção kelseniana de uma estrutura escalonada da ordem jurídica – mas na concepção de Estado limitado, o que coincide com a ideia de Kant a respeito do Direito²⁵.

Apesar das diversidades presentes nos modelos americano e europeu de Corte Constitucional, o jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio vislumbra que ambos se aproximam paulatinamente:

*Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional va que la mayoría por no decir la totalidad de asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.*²⁶

É verdade que há semelhanças, por exemplo, na vinculação das decisões do Tribunal Constitucional que é presente também nas decisões da Suprema Corte americana, que têm força vinculante (“stare decisis”).

Stamato constata a existência dos preconizados pontos de aproximação entre o modelo europeu e o norte-americano:

(...) verifica-se que as bases teóricas que fundamentam a jurisdição constitucional norte-americana e a austríaca são bem diversas. Não obstante, há pontos de

²³ ESTEVES, Maria da Assunção A. Legitimação da Justiça Constitucional e princípio maioritário. In: Id. *Estudos de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.155. “De facto, na discussão política e constitucional norte-americana, a questão da legitimidade da ‘judicial review’ é suscitada com vista a impedir a alteração da distribuição de competências entre o corpo legislativo e os órgãos da função judicial”.

²⁴ Ibidem, p.155.

²⁵ Ibidem, pp.160-161.

²⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Fundap – Colección Derecho, Administración y Política, 2002, pp.38-39.

aproximação. O primeiro deles é o fato de a noção de Constituição ser restrita às normas de fixação, organização e limitação do poder.

No que toca à aplicação e criação do direito pelas cortes constitucionais os sistemas vêm aproximando-se, pois cada vez mais as cortes são chamadas a atuar em casos que versam sobre direitos humanos, fixando critérios de interpretação para as cláusulas principiológicas da Constituição. O sistema norte-americano, embora seja difuso e pela via incidental, conta com o instituto do precedente e o Austríaco, embora seja concentrado e pela via principal, possui efeito ‘erga omnes’. Desse modo, a interpretação conferida pelo tribunal acaba refletindo sobre toda a sociedade em ambos os modelos.²⁷

De qualquer sorte, o controle da constitucionalidade está vinculado à noção de supremacia da Constituição, ou seja, “*la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado...*”²⁸

Assim, no modelo norte-americano de jurisdição constitucional, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições.

Sem dúvida, a tarefa do juiz constitucional de concretização da Constituição deve se ater a certo balizamento. Essa baliza seria, na ótica de Esteves uma teoria da argumentação jurídico-constitucional que o impeça – o juiz constitucional – de se tornar um “legislador paralelo ou supercontrolador no domínio dos direitos fundamentais²⁹” e que articule a ordem de valores da Constituição como ordem “aberta e fragmentária”.

4 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O modelo kelseniano foi transposto como base para as Cortes constitucionais europeias e adaptado conforme a realidade, cultura, história e peculiaridades de cada país, o que acarretou a identificação de elementos característicos próprios, quanto ao **a.)** parâmetro de constitucionalidade; **b.)** autonomia; **c.)** monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade; **d.)** efeitos da decisão; **e.)** composição.

²⁷ STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional* – Col. Direito, Política e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.90.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp.50-51.

²⁹ ESTEVES, Maria da Assunção A. Op. cit., p.166. Objeção crítica de Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormem. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. In: *Id. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrech.* Francoforte, 1991, pp.159-199.

Gimeno Sendra, em referência ao Tribunal Constitucional espanhol, elenca suas características próprias, pontuando que:

En el Tribunal Constitucional concurre la nota objetiva de la jurisdicción (artículos 164, CE; 86 y ss. LOTC), pero también es un órgano institucionalmente dotado de independencia, la cual se observa tanto en sí mismo, considerado frente a los demás órganos constitucionales (art. 1, 1º, LOTC) como en el estatuto interno de sus magistrados, que son inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159, 5º, CE) y solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1, 1º, LOTC). Esta segunda cualidad impide, pues, que el Tribunal Constitucional pueda ser enmarcado dentro de las jurisdicciones especiales, le otorga el carácter de órgano dotado de jurisdicción en el pleno sentido de la palabra (artículos 161, 1º, CE; 1, 1º, II y 4, 2º., LOTC) y permite hablar de la existencia de un verdadero 'proceso' para designar al que transcurre ante él para la solución de los conflictos a dicho Tribunal conferidos.³⁰

4.1 Quanto ao parâmetro de constitucionalidade

A maior parte dos Tribunais Constitucionais adota o próprio texto constitucional como limite, mas há diferenças significativas.

A França e a Espanha admitem outros diplomas normativos como extensão do limite de exame de constitucionalidade.

Na Bélgica, o Tribunal Constitucional tutela o princípio da igualdade (o que existe em todas as Cortes Constitucionais europeias) e a liberdade de ensino, tão somente, ou seja, o limite é parcialmente o texto constitucional.

Na Noruega, Suécia e Dinamarca adota-se um modelo misto que se aproxima e conjuga aspectos do “judicial review”.

4.2 Autonomia

O dever de anular deve ser confiado a órgão diverso do Parlamento que a editou, órgão independente desse e de qualquer outro poder estatal. Dessa forma, o Tribunal Constitucional compõe uma magistratura independente do aparato jurisdicional.

Essa independência e autonomia devem ser asseguradas no texto constitucional, no estatuto ou no regimento interno próprio do Tribunal Constitucional. A autonomia, como garantia de livre exercício das funções do Tribunal Constitucional, deve ser administrativa, orçamentária e financeira e acompanhada de prerrogativas compatíveis que assegurem uma independência de fato e não meramente de direito.

³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981, p.86.

A autonomia do Tribunal Constitucional implica na dualidade ou pluralidade de jurisdições (Tribunal Constitucional, judicial, contencioso administrativo) que encontra ambiente favorável no sistema de governo do parlamentarismo e no semiparlamentarismo.

4.3 Monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade

As vias judiciais, à exceção da exercida pelo Tribunal Constitucional, ficam impedidas de julgar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de qualquer diploma, sob pena de invasão de competência.

O monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade pode ser exercido preventiva (após a ratificação dos tratados ou após a simples votação da lei) ou repressivamente, sendo importante notar que a preponderância de controle prévio ou posterior não distorce a natureza jurisdicional do controle.

Frise-se que o exercício de outras funções (administrativas ou judiciais) não descaracteriza o modelo de monopólio de controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, como, por exemplo, o julgamento de atos individuais dos chefes de Estado ou de Governo e acusação contra Ministros e altas autoridades; ou mesmo o exercício cumulado de atribuições inerentes à Justiça eleitoral.

Portanto, nada impedem que os Tribunais Constitucionais apreciem atos concretos como regulamentos administrativos e revejam decisões judiciais. O que importa, pois, é a **exclusividade** no controle de constitucionalidade.

4.4 Efeitos da decisão

São “erga omnes” os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, a todos atingindo, inclusive a Administração Pública, Estado e Governo, com autoridade de coisa julgada. Não há espaço para decisão de efeito “intra partes”, o que contrariaria o propósito e finalidade do Tribunal Constitucional, que tem entre suas funções a guarda da Constituição e a pacificação dos conflitos entre poderes.

A sentença que dirime o contencioso constitucional não se submete a recurso. É, pois, **imutável**, com efeito, para todos.

4.5 Composição

Em média há de 9 a 10 juízes nos Tribunais Constitucionais, com presidente e vice-presidente. Os juízes podem permanecer até os 70 anos, embora haja mandato; a indicação é política, notadamente do Parlamento, podendo haver a escolha também de juízes de carreira. A maioria dos países dá destaque à nomeação de professores universitários.

Segundo Favoreu, o perfil de magistrado de carreira não implica em habilitação para o exercício da função jurisdicional. Exige-se profunda sensibilidade político-institucional, que não é aferida por concursos.³¹

A designação política de membros do Tribunal Constitucional assume **contornos de eleição indireta**, pois é feita a designação por quem foi legitimado democraticamente (Parlamento, chefe do Estado), ensejando a **composição plural** do Tribunal Constitucional, com as correntes políticas mais importantes do cenário político, **sem vinculação estrita ou subordinação**.

A título de exemplo, porque o modelo estadunidense é diverso do europeu, para ser juiz nos Estados Unidos, é preciso ter uma longa e consolidada carreira. Juízes estaduais são eleitos entre advogados com idade variável entre 20 e 30 anos de profissão. Os Juízes federais são indicados pelo presidente da República dentre pessoas que desempenharam uma longa prática. Como os juízes são mais experientes, poderiam funcionar melhor, segundo Frederick Schauer, professor do curso de Direito da Universidade de Harvard³².

5 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO QUADRO DOS PODERES DO ESTADO

No campo da organização política, o Tribunal Constitucional promoveu o aperfeiçoamento e especialização das instituições. A partir da separação da jurisdição ordinária da jurisdição constitucional a ser realizada por órgãos diversos e independentes, foi criado um novo poder do Estado.

Podemos considerar que o Tribunal Constitucional do constitucionalismo ocidental de nossos dias é espécie do gênero poder político do Estado. Não deixa de existir a **função política** do Tribunal Constitucional na defesa da Constituição e na renovação do consenso fundamental que a sustenta.

Enterría, seguindo os italianos, define o Tribunal Constitucional como “órgão constitucional em sentido estrito”.³³ Em outra vertente, o Tribunal Constitucional é visto como poder político e “Poder Corrector”, conforme propalam Esteban e Trevijano³⁴ e é corroborado por Alva Orlandini:

(...) si el Tribunal ha sido calificado como 'órgano de control de la Constitución', es porque a él se le ha confiado la tarea propia de un 'Poder Corrector', en la medida

³¹ FAVOREU, Louis. Op. cit., p.35.

³² Entrevista ao jornal Zero Hora, de 21 de abril de 2007. Edição nº. 15216, disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/jornais/zerohora/>

³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit.

³⁴ ESTEBAN Jorge de; TREVIJANO Gonzáles. *Curso de Direito Constitucional Espanhol*. Tomo III. Madrid: Complutense, 1994, p.141.

*que este puede dejar sin efecto o anular decisiones de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como la de los demás órganos constitucionales como son el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones.*³⁵

Por concentrar o poder de julgar as leis, detém o Tribunal Constitucional a imprescindível função de árbitro do conflito entre os poderes e de fatos da vida política nacional.

Para grande parte dos autores espanhóis, o Tribunal Constitucional desempenharia função “jurisdiccional”, mas em nível distinto do Poder Judiciário, expressão consagrada pelo uso. Nesse sentido expõe Cifuentes, professor da Universidad Castilla, La Mancha:

*A modo de conclusión cabe argüir, pues, que siendo el TC un auténtico órgano jurisdiccional, encuadrable dentro de la categoría o modalidad que doctrinalmente se ha dado en llamar ‘Tribunales especiales’, las medidas que el mismo adopte pendiente un proceso constitucional con el fin de asegurar que éste cumpla correctamente la función que le es propia, es decir; la satisfacción de pretensiones y resistencias de las partes, se encuentran informadas por la nota de jurisdiccionalidad y, por ello, cumpliendo los demás requisitos, especialmente el de instrumentalidad, deberán encuadrarse también en la categoría que doctrinalmente se ha dado en llamar ‘medidas cautelares’.*³⁶

Rememorando Kelsen, o Tribunal Constitucional seria legislador negativo, enquanto outros conseguem observar uma função legislativa positiva.

Em síntese, a quase totalidade de doutrinadores conclui por uma forma ou por uma combinação dessas: jurisdiccional, política, legislativa negativa ou positiva.

O professor Cezar Saldanha destaca, por seu turno, que a função do Tribunal Constitucional deve ser observada sob três perspectivas: material (função política de última instância); instrumental (jurisdiccional) e formal (formalmente legislativa). Na concepção do renomado doutrinador, o Tribunal Constitucional surgiu para defender valores éticos mínimos, defendendo-os de autoritarismo e totalitarismo. A hexapartição de poderes atenderia a defesa de direitos fundamentais da pessoa humana e combinaria estabilidade, governabilidade e progresso.

³⁵ ALVA ORLANDINI, Javier. Comentarios al artículo 201º de la Constitución. In: *La Constitución Comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica: Lima, 2005, p.1116.

³⁶ CIFUENTES, Javier Vecina. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 1993, p.72.

5.1 O Tribunal Constitucional na hexapartição de poderes

O professor Cezar Saldanha leciona que seis grandes blocos exerceram a soberania ao longo de mais de 300 anos em fases históricas sucessivas, decorrente de criação e sofisticação de doutrinas políticas, e se posicionaram, preponderantemente e de forma polarizada, em torno de pelo menos uma das seguintes instituições ou figuras jurídicas-políticas: chefe do Estado; Parlamento; Judiciário; Governo; Administração; Tribunal Constitucional. A cada fase do Estado Ocidental surgindo no século XVI corresponde uma forma adequada de sistema de poderes, importando um tipo ideal específico.³⁷

Manfred Rehbinder destaca a tendência à especialização e burocratização do aparelho jurídico³⁸.

O Tribunal Constitucional é um novo poder, que não se resume apenas ao cumprimento da lei (como fazia o clássico Poder Judiciário aludido por Montesquieu), na medida em que exerce a função de guarda da Constituição. Poder-se-ia afirmar que a função de guarda da Constituição (ponto nevrálgico do amadurecimento do ordenamento jurídico) é uma nova função em relação às três funções clássicas descritas por Montesquieu. E, assim, Cezar Saldanha considera a função desempenhada pelo Tribunal Constitucional como uma “nova” função do Estado, quando comparada às três funções clássicas (executiva, legislativa e judicial) mencionadas por Montesquieu.

Com a emergência de um Tribunal Constitucional, os Estados e a humanidade alcançaram a “ordem jurídica inviolável”, com expressão de um direito de conteúdo ético mínimo.

É Bodin quem abre o caminho para a solução do problema jurídico da divisão do todo público unificado, em poderes autônomos (distingue a essência uma e indivisível da soberania do seu exercício delegável e partilhável). Prestaram contribuições inestimáveis na teoria da partição dos poderes: Locke (bipartição dos poderes), Montesquieu (tripartição dos poderes) Benjamin Constant (separação entre Estado e Governo, pioneiramente adotada pelo Brasil, que possibilitou a construção da unidade nacional e o regime representativo), Max Weber (reivindicou a autonomia formal da Administração Pública, como condição da ordem democrática – teorizador da pentapartição dos poderes). Hans Kelsen foi um arquiteto de instituições e as imaginou na forma que veio a tomar no segundo pós-guerra com o Tribunal Constitucional.

O autor, mencionando que vivemos na era do “Tribunal Constitucional”, afirma que, a despeito da prestigiada e contemporânea visão de tripartição de poderes (critério político) oferecida por **Karl Lowenstein**³⁹, é necessário um estudo aprofundado dos

³⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, pp.129-140.

³⁸ *Sociología del derecho*. Madrid: Pirâmide, 1981, pp.147-148, apud SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*, cit., pp.129-140.

³⁹ Divergindo da tripartição clássica de poderes, claramente vinculada a um critério jurídico, qual seja a lei, Karl Lowenstein, apregoa a tripartição de poderes escorada em critério político: policy determination, policy execution,

fins da atividade política, para melhor acolhida da tese da tripartição de poderes segundo um **critério político**. Em substituição, Cezar Saldanha prefere a seguinte adaptação, totalizando **6 (seis) funções** (hexapartição dos poderes) e propondo uma nova teoria da divisão dos poderes políticos, complementada por uma revisão de concepções de funções políticas: **a.)** funções vinculadas **aos fins últimos** do Estado (a de chefe de Estado e a de guarda da Constituição); **b.)** funções vinculadas **aos fins próximos** do Estado (a de administração e a judiciária); **c.)** funções vinculadas **aos fins intermediários** do Estado (a de deliberação política e a de governo).

Para Saldanha a hexapartição dos poderes políticos há que ser adotada pela sociedade, com adaptações às circunstâncias, se o que se almeja é um regime democrático de direito, aberto às distintas ideologias sobre o papel do Estado na Economia e atento à efetivação de direitos sociais, especialmente se busca concórdia política em torno de valores supremos por todos aceitos, com instrumentos para defender esse consenso, os direitos fundamentais da pessoa, e combinar a ordem e estabilidade, com governabilidade e progresso.

O Tribunal Constitucional surgiu de um Estado Social do segundo pós-guerra, de um consenso político-constitucional sobre valores éticos mínimos, para defender o Estado e a sociedade dos totalitarismos e dos autoritarismos, o que provocou uma hexapartição de poderes, moldando-se o tipo ideal atual de sistema de poderes: o governamentalismo de Tribunal Constitucional.

Ainda para Saldanha, sem especialização do agenciamento dos poderes, no sentido da hexapartição dos poderes políticos, a mudança casuística só agravará a situação lamentável com falta de estudos consistentes, o uso ideológico dos instrumentos jurídicos, com prejuízo da legalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

A proposta de hexapartição de poderes supriria a falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores superiores do ordenamento: o Tribunal Constitucional. Essa confusão generalizada, com juízos ordinários se movimentando com desenvoltura sobre ou contra a legislação poderia ferir o Estado de Direito de morte, acaso não fosse prevista a figura do Tribunal Constitucional.

5.2 A função de controle do Tribunal

Karl Lowenstein afirma serem o Governo, o Legislativo, o Judiciário e os destinatários do poder, os detentores oficiais do poder visível e legítimo.⁴⁰ Na sociedade, o poder político está unido ao cargo e o cargo atribui o domínio que o detentor possui, sendo assim, o poder independe da pessoa que o exerce, mas é inerente ao cargo que essa pessoa possui.

policy control ("policy" como decisão política conformadora).

⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 1970, pp.54-72.

Os controles dos órgãos estatais são muito importantes para o desempenho de instituições democráticas contrariamente aos processos de concentração de poder. A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político.

Segundo Lowenstein, o que se costuma designar como separação de poderes estatais é na realidade a distribuição de determinadas “funções” estatais a diferentes órgãos do Estado. A ideia de distribuição⁴¹ de poder está essencialmente unida à teoria e prática da representação política, assim como a técnica governamental que se baseia nela.

Não é por mera coincidência que a autêntica separação de funções estatais e sua atribuição a detentores diversos do poder tivessem que esperar até que a técnica da representação política fosse inventada.

Lowenstein propõe uma nova tripartição de funções: “policy determination⁴²”, “policy execution⁴³” e “policy control⁴⁴”. As duas primeiras coincidem, grosso modo, com as funções governamental e administrativa.

A originalidade está em identificar a existência dessa função de controle, em que acertadamente vê o ponto crucial do regime constitucional. Esse **controle** é indispensável para a manutenção da democracia e para a salvaguarda da própria liberdade individual. De fato, **não só deve ser fiscalizada a adequação das opções governamentais às opções populares, ou ao bem comum – controle político**, para o qual está particularmente indicado o parlamento –, **como também a aplicação dessas decisões aos casos particulares – controle formal**, para o qual é naturalmente indicado o **Judiciário**.

6 O MODELO BRASILEIRO DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o modelo constitucional para a Suprema Corte, o STF – Supremo Tribunal Federal, diante do que dispõe o art. 102, § 3º da C.F.-88, na redação da Emenda Constitucional nº. 45, é mais próximo do modelo estadunidense do que o do modelo europeu, pois “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

⁴¹ Necessidade funcional de distribuição de trabalho imanente a qualquer Estado organizado. “Separação” de poderes é um problema que pertence ao processo do poder ou à ordem do domínio.

⁴² Decisão política conformadora ou fundamental. As resoluções da sociedade que são decisivas e determinantes no presente e frequentemente no futuro para a conformação da dita comunidade. Ex.: eleição do sistema político e a forma específica de governo.

⁴³ A execução de uma decisão. Levar à prática dita decisão política. Frequentemente consiste na execução da legislação.

⁴⁴ Controle político. A busca pelo meio mais eficaz para moderar e limitar o poder político, primeiro o governo e depois o de todos e de cada um dos detentores do poder. A distribuição de poder entre os detentores significa para cada um deles uma limitação e um controle através dos *checks and balances*.

A edição da Emenda Regimental nº. 21, do Supremo Tribunal Federal (STF), veio para regulamentar o processamento do dispositivo da repercussão geral, que permite a rejeição de casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica em Recursos Extraordinários, dessa forma, o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral (art. 322 do RISTF). A **repercussão geral** será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet vislumbra que algumas ordens constitucionais vêm exercendo significativa influência sobre a nossa experiência jurídico-constitucional:

(...), verifica-se que a Lei Fundamental da Alemanha (art. 94, nº. 2), dispõe que uma Lei Federal versará sobre a organização do Tribunal Constitucional, assim como sobre o procedimento e a força vinculante de suas decisões. A Constituição da Itália, em seu art. 136, dispõe expressamente sobre o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao passo que o art. 137 remete os aspectos relativos à constituição e funcionamento da Corte Constitucional à legislação ordinária. A Constituição Portuguesa, por sua vez, no art. 281, nºs 1 e 3, prevê expressamente que as decisões proferidas em sede de controle abstrato (decisão declaratória de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), possuem força obrigatória geral. Já no art. 282, nºs 1 a 4, a Constituição Portuguesa dispõe expressamente sobre a respeito da fixação do alcance dos efeitos das decisões. Também a Constituição Espanhola (art. 164), faz referência expressa e direta ao efeito vinculante das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional.⁴⁵

O Min. Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, em sua obra “Jurisdição constitucional”, aponta no mesmo sentido: “A Constituição de 1988 alterou de maneira radical essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.”⁴⁶

A Constituição Federal brasileira fortalece as decisões do STF ao acatar o instituto da súmula vinculante, implementada como fruto da reforma do Poder Judiciário. A força vinculante das decisões da Corte constitucional brasileira é amparada na sua própria gênese, ou seja, na Constituição Federal, prevendo seu art. 103-A que “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por decisão de 2/3 dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁴⁵ SARLET, Ingo W. Op. cit., p.8.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.47.

A respeito do efeito vinculante como mecanismo de afirmação da jurisdição constitucional, o emérito doutrinador Roger Stiefelmann Leal pontua que:

A primazia da jurisdição constitucional em face dos demais poderes do Estado é realidade incontestável, não só no sistema político brasileiro, mas em vários países. (...) Tolerar a insubordinação dos demais poderes contra a interpretação constitucional firmada pelo guarda da Constituição, ainda que acompanhada de novas medidas que, outrora, não faziam parte das prerrogativas inerentes à jurisdição constitucional, é fazer ruir o sistema político estabelecido. Enquanto a jurisdição constitucional preponderar no arranjo político-institucional dos poderes, deve prevalecer o efeito vinculante. Os desafios residem, porém, na construção de instrumentos e instituições capazes de refrear a tendência expansionista da jurisdição constitucional sem ferir a autoridade da Constituição.

Veja-se que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁴⁷

Fernando G. Jayme espousa idêntico entendimento ao exposto na introdução desse trabalho, ou seja, que convivem no sistema constitucional brasileiro traços dos Tribunais Constitucionais europeus e da Suprema Corte americana:

O Brasil adota o controle jurisdicional misto, em que os controles concentrado e difuso coexistem.

A demonstração cabal de que este sistema híbrido não funciona é a crise existente no Poder Judiciário brasileiro. O modelo norte-americano é incompatível com o nosso sistema jurídico e, por esta razão, não funciona a contento. Por outro lado, o controle concentrado também não é satisfatório. Como o controle difuso assevera o Supremo Tribunal Federal, o julgamento das ações de constitucionalidade fica sacrificado, postergando o pronunciamento das questões jurídicas fundamentais, exatamente por envolverem litígios constitucionais.⁴⁸

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet, antes da C.F.-88, havia a preponderância do controle difuso e incidental de constitucionalidade, mas com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), hoje dominam os componentes de um controle abstrato e concentrado. Essas modificações legislativas trazem à tona a discussão “a respeito

⁴⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.192.

⁴⁸ JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp.121-122.

da criação de um Tribunal Constitucional com feições pelo menos próximas às que caracterizam – ainda que com importantes notas distintivas – de modo geral as Cortes Constitucionais europeias” e prossegue:

(...) quanto maior a legitimação democrática da Corte Constitucional, maior também o respeito pela autoridade de suas decisões por parte dos demais órgãos estatais. Muito embora a legitimidade das decisões judiciais (também em sede de controle de constitucionalidade) não possa – nem deva – ser restringida a um problema de composição e recrutamento dos Juízes que integram a Corte Constitucional por meio de mecanismos democráticos, sob um prisma meramente organizacional e procedimental, não há como desconsiderar que tal aspecto constitui ingrediente importante e, por vezes, decisivo.⁴⁹

A alternância da predominância do controle concentrado no Brasil, a partir da introdução da ADC e da ADPF, não escapa às críticas do constitucionalista Paulo Bonavides, que se estendem ao critério de escolha de integrantes do STF pelo Presidente da República:

A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.

(...)

Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começaram de ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco. Tudo o que Luis Nunes de Almeida⁵⁰, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, disse em sede teórica, com respeito à inconveniência

⁴⁹ SARLET, Ingo W. Op. cit., pp.14-15.

⁵⁰ “A proposta mais recorrente, contudo, vai no sentido de haver juízes do tribunal Constitucional designados pelo Presidente da República. Com a mesma tranquilidade com que, em 1982, contribuí para que tal possibilidade ficasse excluída, assim hoje reafirmo que não se deve conferir ao Presidente da República tal poder. [...] Na verdade, a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência de seus juízes. Ora, entre essas garantias de independência, a mais importante consistirá, talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado”. (ALMEIDA, Luis Nunes de. “Da Politização à Independência – algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, p.251).

daquela designação e nomeação, que afeta as garantias de independência do juiz, parece estar ocorrendo no sistema judiciário brasileiro, de forma altamente comprometedora da imparcialidade da magistratura constitucional.⁵¹

A realidade constitucional brasileira, obviamente, retoma a discussão da função exercida pelo Tribunal Constitucional como legislador positivo e alimenta incessantes e empolgantes debates a respeito do limite de atuação de uma Corte Constitucional.

7 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM CRISE

Em alguns aspectos, o Tribunal Constitucional pode ser provocador ou criador de novos focos de tensões, numa relação conflituosa entre jurisdição ordinária e constitucional. Por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol acaba por gerar desgastes das relações de poderes, quando é chamado a se manifestar sobre possíveis violações do princípio da igualdade pelo Tribunal Supremo, exigindo-se, desse último, coerência na adoção dos critérios interpretativos.

Deve-se atentar que a separação orgânica entre a jurisdição constitucional e a ordinária pode transformar uma divergência judicial interna num conflito de poderes: o que antes era uma divergência judicial ganha contornos de conflito de poderes.

No modelo de Tribunal Constitucional, o tensionamento com os demais poderes agravou-se, pois a decisão deixa de ser “intra partes” e sua participação é requerida quase que imediatamente a partir do momento da votação da lei ou sua publicação, ou seja, no calor dos fatos.

Existem outras críticas impingidas ao modelo de Corte Constitucional. Na Alemanha, Itália e Espanha, o Tribunal Constitucional é considerado uma “super corte de cassação” e a abrangência dos recursos constitucionais teria propiciado o seu uso transversal como 3º ou 4º grau de jurisdição.

Na Itália, a remessa de processos pelo juízo “a quo” faz como que o Tribunal Constitucional julgue cada vez mais causas cíveis, administrativas e penais.

Outro ponto que merece atenção é que os Juízes estão se dedicando a um controle de **microconstitucionalidade**: passou-se do controle de constitucionalidade para o controle de aplicação de leis, com desvio da função originária.

Devido ao número excessivo de recursos apresentados em número crescente a cada ano, foram criadas metodologias de “filtragem” e criou-se um novo problema, agora de acesso ao Tribunal Constitucional, pois a grande maioria das causas deixa de ser julgada na forma exigida para um julgamento constitucional para dar espaço

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (organizadores); Adílson Abreu Dallari et al. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.535-545.

à sua substituição por comissão de três juízes com formações específicas, mediante procedimento sumário. A consequência direta da previsão de um procedimento de julgamento sumário por comissão é a perda das vantagens do modelo de Tribunal Constitucional e do acesso direto e indireto dos indivíduos às Cortes Constitucionais.

O americano Frederick Schauer, professor do curso de Direito da Universidade de Harvard, um dos grandes nomes do pensamento jurídico contemporâneo, com atuação nas áreas de Direito Constitucional, liberdade de expressão e filosofia das leis destacou a **importância do cumprimento das regras**. Para ele, as pessoas deveriam encarar as leis com maior seriedade e cumpri-las à risca, mesmo que isso causasse pequenas injustiças, pois no geral, acredita ele, o sistema funcionaria melhor.

Com isso, o emérito professor e jurista chama atenção para um problema de ordem jurídico-constitucional que se apresenta hodiernamente e mostra uma face da crise do modelo de controle de constitucionalidade americano (a crise não é apenas do modelo europeu): nos Estados Unidos, quando um juiz se defronta com um caso para julgar, normalmente ele encara as leis mais como uma sugestão do que como uma norma obrigatória.

Constata-se, claramente, que ambos os modelos de controle de constitucionalidade enfrentam críticas. De outra parte, embora a metodologia de filtragem constitucional seja uma reação do Tribunal Constitucional como forma de canalizar a onda crescente de recursos, a problemática de fazer com que as causas mais importantes sejam julgadas em prazos razoáveis e com as garantias necessárias fica relegada a segundo plano, o que é agravado pela tendência de “abertura maior” aos recursos para torná-los “mais democráticos”.

8 CONCLUSÃO

Os Tribunais Constitucionais exercem, atualmente, uma função mais ampla do que a meramente técnico-jurídica, pois guardam traços de exercício de função jurisdicional, política e legislativa, ora negativa, ora positiva. A mistura de funções diversas como a política e a técnica podem comprometer a equidistância dos fatos exigida do órgão constitucional para a manutenção da ordem jurídico-constitucional e ocasionar, indevidamente, um déficit democrático, pelo que é recomendável um prudente juízo de avaliação do verdadeiro papel de um Tribunal Constitucional, fundamental na guarda da Constituição e na pacificação dos conflitos institucionais e entre os poderes.

A verdadeira posição desempenhada pelo Tribunal Constitucional na estrutura dos poderes é de preservação da ordem jurídica, propagando o imperativo da ordem constitucional, devendo, pois, a Corte Constitucional assumir uma posição de imparcialidade, no controle de constitucionalidade das leis, afastada dos interesses e arranjos políticos que ditam regras, procedimentos e condutas às vezes incompatíveis com a boa ordem jurídica, comprometedora da imparcialidade.

A livre interpretação de normas constitucionais é o objetivo primordial de interesse público desempenhado pela Corte Constitucional que, embora tenha legitimidade para o exercício de função política, derivada do modo de escolha de seus membros, tem esse exercício restrito à preservação da sociedade e promoção do bem comum, nos exatos termos postos pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS

- ALVA ORLANDINI, Javier. Comentarios al artículo 201º de la Constitución. In: *La Constitución Comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica: Lima, 2005.
- ARAÚJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso e la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIELSA, Rafael; GRAÑA, Eduardo. *Justicia y Estado – a proposito del Consejo de la Magistratura*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BLACK JR., Charles L. *The people and the court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- _____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil), “In” *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello* / Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (organizadores); Adílson Abreu Dallari et al. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CIFUENTES, Javier Vecina. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 1993.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COLOMER VIADEL, Antonio. *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DROMI, Roberto. *El poder judicial*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.
- _____. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Civitas, 2003.
- ESTEBAN, Jorge de; TREVIJANO Gonzáles. *Curso de Direito Constitucional Espanhol*. Tomo III. Madrid: Complutense, 1994.

- ESTEVEZ, Maria da Assunção A. *Estudos de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Fundap – Colección Derecho, Administración y Política, 2002.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983.
- JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. La garanzia giurisdizionale della Costituzione. (La giustizia costituzionale). In: Id. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning. *A Constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIMA, Carlos Eduardo de Araújo. *Permanência e Mutabilidade em Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Ariel, 1970.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Daniel Calhman de. *Uma perspectiva da jurisdição constitucional: Democracy and Distrust*. In: *Arq. Minist. Just.*, Brasília, 49 (187): 167-182, jan./jul. 1996.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al derecho constitucional comparado – las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *A Constituição Reiventada Pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico. In: *Doxa*, n.23.

SANTIBÁÑEZ, José Antonio Riviera. La doctrina constitucional em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001. Buenos Aires: Konrad Adenauer-Stiftung, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Revista Diálogo Jurídico*, a.I, v.I n.3, jun. 2001.

SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luiz (Org.). *O guardião da Constituição*. Trad. Carvalho, Geraldo de. Coleção Del Rey Internacional – 9. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Jurisdição constitucional procedimentalista. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, edição 5, publicado em 8/3/2005. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao005/carlos_silva.htm. Acesso em: 20/6/2007.

SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional* – Col. Direito, Política e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. In: *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a.43 n.171 jul./set. 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América – leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. Coleção Paideia. 2.ed., vols. I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n.12, mar. 2002.