

A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional¹

Lucio Pegoraro

Sumário

1. Introdução metodológica. 2. Os modelos clássicos. 2.1. O modelo francês. 2.2. O modelo americano. 2.3. O modelo austríaco. 3. Modelos e soluções híbridas. 3.1. O controle incidental. 3.2. Sistemas difuso-concentrados. 4. Exportação, circulação e recepção dos modelos. 4.1. Considerações introdutórias. 4.2. O controle preventivo. 4.3. O controle difuso nos ordenamentos do *common law*. 4.4. O controle difuso nos sistemas de *civil law*. 4.5. A circulação dos modelos de controle concentrado. 5. Elementos de diversificações e de uniformização. 5.1. Considerações introdutórias. 5.2. A jurisdição das liberdades e da igualdade. 5.3. Expansão das motivações. 5.4. A ampliação das competências. 5.5. As Cortes constitucionais, constituinte permanente. 6. Conclusões.

1. Introdução metodológica

No curso das últimas décadas, a doutrina constitucionalista e comparativista tem proposto variadas classificações dos modelos de justiça constitucional: dos mais simples e lineares – que se reduzem a contrapor os chamados modelos abstratos àqueles concretos – aos mais complexos – aqueles que têm considerado, principalmente, a extraordinária evolução do controle de constitucionalidade e propõem articulações ancoradas nas fases do controle, na estrutura das Cortes, no tipo de funções exercidas, no parâmetro e no objeto do julgamento, na eficácia dos pronunciamentos².

Lucio Pegoraro é Professor Ordinário de Direito Público Comparado da Universidade de Bolonha.

Artigo traduzido por Maria Auxiliadora Castro e Camargo, Procuradora Federal, doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha e pesquisadora junto à Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha-Itália.

Como se sabe, classificações muito simplificadas não alcançam o objetivo de representar, com adequada precisão, as tipologias assumidas pelo objeto de estudo. Por outro lado, classificações muito articuladas frustram o próprio objetivo da atividade classificatória, que consiste em agrupar coisas semelhantes (sejam elas entendidas de modo mais ou menos referencial), as quais, entretanto, apresentam diferenças entre si³.

Até mesmo quando no panorama comparativista o controle de constitucionalidade tornou-se um fenômeno histórico circunscrito a poucos ordenamentos, não era difícil contrapor dois modelos paradigmáticos de controle “jurisdicional”: o primeiro, o histórico – aquele realizado nos Estados Unidos sobretudo a partir do caso *Marbury v. Madison* –, com o outro, ao mesmo tempo teórico e empírico: o *Verfassungsgerichtsbarkeit*, desenhado por Kelsen e em seguida introduzido na Constituição austríaca de 1920. A esses modelos se contrapôs uma terceira tipologia diferente que alguns denominam controle “político”, cujo protótipo seria representado pelo sistema francês e por alguns outros que apresentem ao menos as seguintes características: composição não neutra do órgão, prevenção da fase e acesso ao recurso não conexo a um caso concreto.

A introdução, em um primeiro momento na Alemanha e Itália, depois na Espanha, do controle incidental de constitucionalidade fez surgir a discussão da hibridação dos modelos jurisdicionais. Entretanto, até bem pouco tempo, não havia sido colocada em crise a dicotomia originária, já que na antiga literatura o sistema em questão vinha sendo considerado como uma mescla dos outros dois, de modo que não o elevou à categoria de “modelo” (embora hoje não são poucos a considerá-lo como um próprio e verdadeiro *tertium genus*).

Em virtude da impetuosa expansão do constitucionalismo e da forma de Estado liberal-democrático (nos últimos dez anos também na América Latina, no Leste europeu e na ex-URSS), os modos de fazer a jus-

tiça constitucional ainda são muito mesclados e complicados. Assim, as velhas tipologias necessitam de uma nova sistematização, inclusive para criar modelos heurísticos dotados de coercitividade. Também no setor da justiça constitucional – como tem ocorrido na esfera das formas de governo do tipo do semi-presidencialismo⁴ –, a adaptação de um modelo histórico (aquele mais prestigioso e portanto assumido como paradigma) às exigências de cada ordenamento comporta, efetivamente, a progressiva propagação do arquétipo do modelo heurístico que deve ser forjado tendo em conta não só a matriz, mas também os seus “descendentes”, ou seja, os sistemas derivados.

Uma consideração ulterior deve ser feita: ao classificar os modelos de justiça constitucional, a ênfase sempre (ou quase sempre) foi posta sobre a estrutura do Tribunal, sobre as fases do controle, sobre a eficácia da decisão ou, alternativamente, sobre o maior ou menor enlace com a disposição interpretada e aplicada, isto é, da norma com o caso concreto. Parece-nos que o estudo e a atividade classificatória que se faz não deve prescindir também de fatores ulteriores e diversos (mesmo que liminarmente): vale dizer, antes de tudo, das técnicas do “discurso” das Cortes, da ampliação das motivações, da relação com a opinião pública; Temas todos esses conexos às mudanças, quer sejam intercorrentes no objeto do julgamento, quer na dilatação dos parâmetros devido ao aumento das constituições no campo dos direitos e da tutela da igualdade. Em segundo lugar, deve ser ressaltado que, além disso, os objetivos classificatórios devem ter presente a soma dos poderes exercidos pelas Cortes, cujas competências cada vez mais tendem a estender-se e afastar-se da justiça constitucional em sentido estrito, tal como idealizada em seu núcleo histórico.

Depois de alguns breves acenos aos modelos clássicos – que resumem e esclarecem bem as coisas e que são mencionados apenas com o objetivo de conferir maior sistematização ao discurso –, tentaremos anali-

sar de que modo eles se difundiram e se adaptaram de forma a colocar em crise as classificações tradicionais, para depois trazer algumas conclusões a respeito do papel da justiça constitucional nos ordenamentos liberal-democratas.

2. Os modelos clássicos

2.1. O modelo francês

Razões dogmáticas referentes à divisão dos poderes e à tradição histórica que sempre os acompanhou desaconselharam o constituinte francês de 1958 a percorrer a via do controle incidental – atingida uma década antes pela Itália e República Federal Alemã – como, inclusive, dissuadiram-no de imitar o sistema baseado no recurso direto “sucessivo”, enquanto o modelo norte-americano tampouco pôde ser tomado em consideração. Restaram, assim, muitas peculiaridades referentes à composição do colégio judicante, às modalidades de acesso e, sobretudo, à índole preventiva do controle, cuja “jurisdicionalização”, entretanto, fez-se mais marcada em relação às experiências anteriores.

Sob um ponto de vista estrutural, o *Conseil Constitutionnel*, nos termos do art. 56, compõe-se de nove membros cujo mandato, não renovável, é de nove anos e, portanto, mais longo que qualquer outro cargo dos órgãos constitucionais. Isso, por si só, assegura uma independência parcial do órgão, maior e diferente da precedente, embora a proveniência dos membros seja, ainda hoje, mais acentuadamente política que em outros ordenamentos. O Conselho desenvolve o controle preventivo obrigatório sobre as leis orgânicas e regulamentos parlamentares e facultativo sobre as leis e tratados⁵.

Inicialmente, como é sabido, o controle de constitucionalidade apenas podia ser promovido pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro e pelos presidentes das duas casas do Parlamento. Isso acarretou um patente estrangulamento no acesso.

Até 1974, o controle exercido pelo *Conseil Constitutionnel* sobre as leis revestiu-se de caráter episódico. Não só isso: a assim chamada técnica dos *vu* e dos *considérant*, com que as decisões foram estendidas, não permitia uma adequada explicação dos *reasoning* pelos juízes das leis. Por fim, o parâmetro das decisões parecia limitado, não compreendido no texto da Constituição entendido *stricto sensu*, com exclusão, portanto, da disciplina das liberdades, pouco ace-nadas no *corpus*.

Por influência das experiências estrangeiras no campo da expansão do controle de constitucionalidade, uma mudança radical na rota da justiça constitucional se deu a partir dos anos 70. Em um primeiro momento – como é mais que sabido –, o *Conseil Constitutionnel* incorporou no *bloc de constitutionnalité* o preâmbulo da Constituição, que faz referência à declaração dos direitos de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais das leis da República; depois, o poder de provocar o *Conseil* também foi outorgado a sessenta deputados ou a sessenta senadores, de modo que a minoria parlamentar, valendo-se – logo em seguida à introdução do *saisine parlementaire* – da possibilidade de apresentar uma questão de legitimidade constitucional para o *Conseil constitutionnel*, concorreu para um inusitado crescimento, quantitativo e qualitativo, do controle de constitucionalidade. Por seu lado, o *Conseil* não exitou em dotar-se de uma ampla gama de instrumentos processuais e substanciais (entre os quais assume relevância a dilatação da tipologia dos pronunciamentos), ao ponto de se chegar a falar em “*spectaculaire augmentation*” dos mesmos. Além disso, amadureceu o estilo das sentenças dotadas, hoje, de motivações articuladas e complexas, quase como aquelas elaborados pelas Cortes de outros países.

2.2. O modelo americano

Nos Estados Unidos da América, o nascimento do *judicial review* foi paralelo ao

assentamento do conceito de Constituição rígida, idônea para ser assumida pelos juízes como parâmetro de legitimidade das leis ordinárias. Assim, embora a competência de julgar a constitucionalidade das leis não esteja prevista no texto constitucional norte-americano, este a reconhece implicitamente, estabelecendo uma hierarquia das fontes normativas, em cujo vértice é posta a Constituição como “suprema lei do País”⁶; e, sobretudo, atribuindo a função judiciária federal à Corte Suprema e às outras Cortes, indicando o modo detalhado de esfera das atribuições.

No caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803 pelo Tribunal Supremo, o *Chief Justice* Marshall afirmou, quase que literalmente repetindo as expressões usadas por Hamilton no ensaio nº 78 do *Federalist*, que a Constituição é uma lei e, portanto, sendo tarefa de cada juiz proceder à interpretação das leis para decidir as controvérsias a ele submetidas, também o Tribunal Supremo tem o direito-dever de interpretar a Constituição para solucionar cada eventual antinomia ou conflito entre as normas. Contudo, já que o texto constitucional põe a própria Constituição como fonte, num plano superior ao das outras leis, corresponde ao Tribunal Supremo (como a cada juiz) verificar se uma lei está conforme a Constituição antes de considerá-la aplicável ao caso em espécie. Se essa conformidade não existir, o juiz não pode fazer outra coisa senão declará-la nula e ineficaz (com efeitos limitados ao caso em questão, salvo força de precedente que se criasse pelo Tribunal Supremo, quando se aplicaria com eficácia *erga omnes*).

2.3. O modelo austríaco

Também Kelsen partia do conceito de Constituição como norma “posta” superior a todas as outras e da “idéia de um princípio supremo que determina a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por esta ordem”, mas, em um contexto dogmático – aquele do *Stufenbau* e dos critérios conexos para verificar a invalidez das

normas inferiores –, quase completamente ignorado em ultramar.

Segundo Kelsen, a verificação da conformidade das leis com a Constituição deve ser confiada a um órgão organizado em um Tribunal, cuja independência seja garantida pela inamovibilidade. Quanto à forma, o controle deve ser repressivo, mas isso não constitui uma invasão do poder legislativo, já que o Tribunal Constitucional não exerce uma verdadeira função jurisdicional: “anular uma lei”, na verdade, “significa estabelecer uma norma geral”, ainda que seja apenas no sentido negativo (isto é, um *contrarius actus*), e, dessa forma, o Tribunal que tem o poder de anular as leis “é por conseguinte órgão do poder legislativo”. Segundo Kelsen, é, então, preferível atribuir a todas as autoridades públicas, chamadas a aplicar uma lei que supõem ser inconstitucional, o poder de suspender o procedimento e apresentar a questão ao Tribunal constitucional. Alternativamente, o poder em questão apenas pode ser outorgado a algumas autoridades superiores ou supremas (ministros, Cortes Supremas), ou aos tribunais. O objeto do julgamento deveria ser, além das leis, os regulamentos providos com força de lei, ou seja, imediatamente subordinados à Constituição, bem como os simples regulamentos de execução, outros atos normativos gerais e tratados internacionais. Encontrado um vício de forma ou substância, o Tribunal procede à anulação da lei ou de suas disposições individuais, com efeito *pró-futuro*, salvo uma retroatividade limitada.

Como se sabe, a construção do Mestre de Praga foi prontamente introduzida no direito positivo por meio da Constituição austríaca de 1920 e exerceu considerável influência sobre outros textos.

3. Modelos e soluções híbridas

3.1. O controle incidental

Enquanto nos Estados Unidos cada juiz pode e deve desaplicar a lei inconstitucional

nal, e, no sentido da Constituição austríaca – coerentemente com as premissas teóricas –, o único órgão previamente estabelecido para apreciar a questão de inconstitucionalidade, mediante ação, foi e ainda é o Tribunal Constitucional, a “via intermediária”, percorrida na Alemanha, Itália e Espanha, consiste em que o órgão chamado a exercer a justiça constitucional é único e “especializado”, como na Áustria. Contudo ao tempo que nos Estados Unidos cada juiz está habilitado ao exercício do controle de constitucionalidade, nos referidos países, ele pode, e em certas circunstâncias deve, realizar um julgamento preliminar de conformidade com a Constituição, da lei a ser aplicada a um caso concreto, e só se tiver a dúvida (ou razoável certeza) de que seja contrastante é que deve apresentar a questão à Corte constitucional⁷.

Não é só esse último sistema, sumariamente descrito, que mescla elementos americanos e elementos austríacos. Além desses já mencionados, também em nenhum outro texto do pós-guerra repudiou-se o sistema apoiado sobre a ação direta: seja onde o ordenamento é qualificado como “federal”, seja onde é definido “regional”, a exigência de compor os conflitos entre centro e periferia, quanto às correspondentes competências legislativas, sugeriu introduzir, junto com o acesso incidental, também o acesso direto por iniciativa das autoridades governamentais ou, por sua vez, das *Regioni, Länder* ou *Comunidades Autônomas*.

Exauridos os remédios políticos, a oportunidade de compor os conflitos de competência entre os poderes do Estado tem induzido os mesmos ordenamentos a também preverem o respectivo julgamento constitucional, inclusive ampliando sua legitimação ativa. Em suma, a busca em outorgar efetividade aos direitos e às liberdades aconselhou os *framers*, na Alemanha, Espanha e Europa centro-oriental, a assegurarem o poder de provocar diretamente o Tribunal Constitucional aos cidadãos lesados em um de seus direitos ou liberdades fundamen-

tais por atos, por sua vez, administrativos, legislativos ou jurisdicionais emanados dos poderes públicos ou até mesmo emanados da atividade privada.

Neste sentido, é possível raciocinar sobre dupla hibridação: de uma parte, alguns ordenamentos fundiram elementos dos dois modelos mais antigos dando lugar a um terceiro gênero, o sistema incidental; por outra parte, cada ordenamento (exceto os Estados Unidos e poucos outros) não utiliza mais apenas um modelo, mas reúne ambos sistemas.

O caso mais emblemático é representado pela República Federal Alemã, onde, como na Itália, o controle de constitucionalidade das leis é de dois tipos. O primeiro é o controle denominado “concreto”, que tem por objeto uma norma historicamente determinada pelo julgamento no curso de um processo no qual estão submetidos a discussão interesses de vários sujeitos e versa sobre a interpretação da Lei fundamental, em consequência de controvérsias sobre o alcance de direitos e deveres de um órgão supremo federal ou de outros interessados aos quais o mesmo *Grundgesetz* ou o regulamento interno de um órgão supremo federal tenha concedido os mesmos direitos. Cada vez que um tribunal reputa inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, o processo deve ser suspenso e a questão de constitucionalidade deferida ao Tribunal constitucional do *Land*, se se tratar da violação da constituição de um *Land*, ou, se se reputa violado o *Grundgesetz*, ao Tribunal Constitucional Federal (competente inclusive para conhecer os conflitos entre leis dos *Länder* e leis da Federação)⁸.

O chamado controle abstrato, ao contrário, não tem origem num procedimento judicial, prescinde de um interesse implicado, visa à simples confrontação entre disposições de graus diferentes em que venha valorada objetivamente a conformidade do grau inferior com o superior. Isso se realiza na forma de julgamento de ação do Governo federal, do Governo de um *Land* ou de um terço dos membros do *Bundestag*, quando

estimam uma norma do Estado central ou do *Land* nula em razão de incompatibilidade formal ou substancial com o *Grundgesetz* (ou com outras normas federais); ou válida, depois que um tribunal, uma autoridade administrativa, um órgão central ou periférico lhe tenha negado aplicação declarando-a em contraste com a Constituição ou com outras normas federais. O controle abstrato sempre é sucessivo à promulgação, embora, de fato, a impugnação siga imediatamente à vigência da lei.

Também na Espanha, o acesso por meio da via incidental se realiza quando um órgão judicial estima, no curso de um processo, que uma norma com força de lei aplicável ao caso, de cuja validade dependa a sentença, possa ser contrária à Constituição. O segundo sistema é constituído pela ação direta apresentada pelo Presidente do Governo, pelo *Defensor del Pueblo*, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores e pelos órgãos colegiais e executivos das Comunidades Autônomas. Por fim, o Tribunal Constitucional pode ser provocado por meio de *recurso de amparo*, mediante o qual toda pessoa física ou jurídica que invoque a lesão de uma situação jurídica protegida, além do Defensor do Povo e o Ministério Público, pode denunciar a violação de direitos ou liberdade enunciados no art. 14 e na Seção I do Capítulo II da Constituição.

3.2. Sistemas difuso-concentrados

Nesses últimos sistemas descritos, a evolução de um *tertium genus* de justiça constitucional, em vez de representar um real modelo, não pode ocultar uma realidade dificilmente contestável: o controle de constitucionalidade resta firmemente nas mãos de um órgão central, e o elemento de “difusão” é encontrado apenas na fase introdutória do processo, não naquela decisória.

Existem, entretanto, situações cuja hibridação entre o *tipo* americano e modelo austríaco desemboca em um modo diferente: em alguns ordenamentos, junto com o controle difuso conferido às cortes, são atribuídas

competências especiais a determinados órgãos centralizados chamados a exercer de alguma forma o controle de constitucionalidade. A excentricidade dessas soluções consiste em encontrarem realização em sistemas do *civil law*, em que só em casos esporádicos a inidoneidade dos pronunciamentos dos juízos ordinários para produzir eficácia *erga omnes* vem temperada com a autoridade outorgada ao precedente judicial, que raramente vincula as cortes inferiores.

Fora da área do *common law*, um controle parcialmente difuso é encontrado em Portugal, onde existe uma longa tradição acolhida pelo art. 207 da Constituição, que oferece a possibilidade de provocar o Tribunal Constitucional contra a decisão do juiz que deixa de aplicar a lei.

Na Grécia, o art. 93, c. 4, da Constituição de 1975 estabelece que “os tribunais são instados a não aplicar uma lei cujo conteúdo seja contrário à Constituição”. A unidade da jurisdição constitucional, na falta do vínculo do *stare decisis*, é assegurada nesse país pela Corte Suprema especial, a quem compete (também) decidir sobre as “contestações relativas à inconstitucionalidade de uma lei formal, ou sobre a exata interpretação das disposições de uma lei nos casos em que o Conselho de Estado, o Tribunal de cassação ou o Tribunal de contas tenham emitido a respeito decisões, entre si, contraditórias”.

O art. 15 da Constituição russa (e a lei sobre organização judiciária) impõe aos juízes aplicar diretamente a Constituição no caso de contraste com a lei; entretanto a lei sobre a Corte constitucional, de 21 de julho de 1994, outorga-lhes o direito – *ex art.* 101 da lei sobre a Corte constitucional que parece mais obrigação – de investirem-se sobre questão da Corte constitucional. Para solucionar a ambígua situação, um decreto do *Plenum* Tribunal Supremo de 31 de outubro de 1995 tratou de esclarecer em quais casos o juiz, sem mais, pode deixar de aplicar a lei e quando, ao contrário, deve objetar a questão. A Corte constitucional reivindica, entretanto, o poder de decidir, com exclusivi-

dade, sobre a declaração de inconstitucionalidade da lei, assim como realizar sua interpretação oficial conforme a Constituição.

Na Estônia – segundo uma tradição própria também de outros países escandinavos, bálticos e da ex-URSS (como exemplo a Bielorrússia) –, “as cortes declaram inconstitucionais cada lei, ato jurídico ou outro procedimento que viole os direitos e as liberdades dos cidadãos estabelecidas pela Constituição e que, portanto, estejam em conflito com a Constituição”. Todavia, na generalidade, a Constituição especifica que, no curso dos processos, as Cortes *desapliquem* as leis e outros atos inconstitucionais enquanto esperam que a Corte Nacional cumpra o dever de declarar a nulidade no caso de contraste “com as disposições e com o espírito da Constituição”.

Também na América Latina, onde também não é dado encontrar um modelo unitário⁹, em alguns ordenamentos – como no Peru, Equador, Paraguai, Guatemala, Colômbia –, na maioria dos casos, junto com o controle difuso de constitucionalidade por parte dos juízes, tem sido previsto, nas recentes revisões constitucionais, um controle concentrado exercido por um órgão *ad hoc*.

Em todos esses casos, e em algum outro que apresente conseqüências análogas, parece encontrar aqui o desenvolvimento de uma concepção de justiça constitucional anômala com respeito de todas as outras consideradas (observa-se, além do mais, que tais Cortes, em algumas circunstâncias, também exercem funções ulteriores, originárias ou reservadas, com modalidade imitada pelos protótipos, como, por exemplo, o julgamento de recursos ou formas de controle preventivo ou até incidental).

O que se faz necessário perquirir é se é correto deduzir dessas experiências a existência de um modelo unitário. Com efeito, elas são muito diferentes entre si, do ponto de vista da gênese e do contexto jurídico em que operam (para não dizer que nenhum dos ordenamentos, habitualmente, assume

o paradigma dos outros). Entretanto, em todos os casos mencionados, o constitucionalismo mais recente faz aflorar uma exigência de uniformização e especialização do controle de constitucionalidade assegurada nos modelos vistos *supra*. Como foi dito, parece suficiente, não para afirmar a existência de um modelo à parte, mas para nunca conjecturar a existência de mais modelos, e, em todo caso, para excluir que os sistemas em questão possam ser adscritos a outras tipologias mais consolidadas.

4. Exportação, circulação e recepção dos modelos

4.1. Considerações interlocutórias

Resumindo o que foi dito até agora, revela-se que uma primeira distinção concerne à fase em que se coloca o controle de constitucionalidade, o qual geralmente é configurado como posterior à entrada em vigência do ato controlado, ou pelo contrário, às vezes, precede sua promulgação ou emanação. No âmbito do controle definido “jurisdicional”, as principais diferenças correspondem ao caráter difuso ou centralizado do controle segundo os paradigmas respectivamente declinados nos Estados Unidos e na Áustria. Soluções híbridas se registram seja onde os juízes podem ou devem argüir o incidente de constitucionalidade diante do órgão competente para declarar a conformidade de uma norma com a Constituição, seja naqueles Países onde convivem variadas modalidades de acesso e/ou de controle (direto e incidental, obrigatório e voluntário, etc), seja, enfim, nos ordenamentos onde o controle difuso é temperado pela criação de uma Corte constitucional central com competência especializada.

Muitos ordenamentos – dizíamos – foram extraídos uns dos outros modelos, e quase sempre em mais de um deles, para configurar seus próprios institutos de justiça constitucional. Às vezes, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, uma re-

cepção acrítica na realidade revela o amadurecimento de experiências nativas, como no caso do controle difuso na Europa do Norte e do Este que pode parecer tudo, exceto uma derivação do modelo americano. Do mesmo modo, inclusive sendo conhecida a influência que teve o constitucionalismo dos Estados Unidos sobre as estruturas constitucionais latino-americanas, é bem sabido que alguns institutos inerentes ao controle de constitucionalidade que caracterizam os ordenamentos daqueles Países representam experiências originais (veja como exemplo a ação popular colombiana, o *recurso de contrafuero*, o *amparo* mexicano ou mandado de segurança brasileiro, etc.).

Ao contrário, em outras circunstâncias, a derivação dos protótipos é mais imediatamente perceptível; e o é sobretudo (embora não só) nas experiências constitucionais mais recentes, de modo particular depois da Segunda Guerra, quando o amadurecimento da ciência comparatista, a circulação dos conhecimentos, a observação dos resultados alcançada com o passar do tempo permitiram valorações mais ponderadas, em que, nos novos textos constitucionais, junto com institutos nativos, só fossem recepcionadas as soluções mais funcionais e coerentes com a implantação do texto e com a profundidade da estrutura da ordem jurídica na sua complexidade.

4.2. O controle preventivo

A respeito da fase em que se coloca o controle de constitucionalidade, o sistema mais seguido no mundo consiste em situá-lo depois da entrada em vigor da lei, conforme os protótipos americano, austríaco, alemão e italiano. O controle *a priori* não encontrou muita sorte, exceto nos ordenamentos que padeceram a dominação colonial da França ou, em qualquer caso, influências de outra natureza. As Constituições da Argélia, do Congo, do Chade, do Mali, do Togo, etc. contemplam de fato – mas, com relação ao modelo francês, com alguma variante a respeito da extensão do controle, sua obrigato-

riedade e os sujeitos titulares – um controle preventivo sobre as leis orgânicas, sobre os regulamentos parlamentares, sobre projetos de leis e de tratados. Em geral, e mais precisamente, deve ser observado que não só nas ex-colônias francesas, mas também em outros lugares, é freqüente a previsão de controles sobre deliberações legislativas ou outros atos, efetuados com base em pedido de determinados órgãos. Entretanto, raramente o controle preventivo esgota, no âmbito de cada ordenamento, as tipologias do controle de constitucionalidade como ocorre na França, mas não em Portugal ou na Romênia (onde também existe o controle incidental). Outros casos de controle preventivo, sob instância do Presidente da República, tem-se por exemplo na Irlanda, Venezuela, Kazquistão, Chipre, Hungria, Colômbia, Bulgária, Eslovênia e Ucrânia.

O fracasso do controle preventivo relaciona-se com a exigência de submeter as disposições legislativas à prova de interpretação. É a administração e são sobretudo os juizes quem devem interpretar o sentido da letra da lei. A jurisprudência extrai dos enunciados os preceitos concretos e não apenas com referência ao seu sentido literal, mas também em inteira conexão com os fundamentos da ordem jurídica, trazendo o caso abstrato para a realidade do caso concreto, adaptando-o freqüentemente à letra da lei por meio de interpretação ajustada à norma superior.

Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte irlandesa, por intermédio de seu *Chief Justice*, observou que, de um lado, o controle *a priori*, exercido no sentido do art. 26 da Constituição, não permite alcançar apenas as partes inconstitucionais da lei mantendo as restantes; do outro, que o controle abstrato comporta que a lei declarada constitucional não pode “nunca ser submetida a julgamento por qualquer corte”¹⁰.

O controle sucessivo – *a posteriori* – resulta, assim, muito mais vantajoso do ponto de vista da economia jurídica: em primeiro lugar, permite aos juizes “salvar” a vi-

gência de disposições que, de outro modo, em via preventiva, poderiam ser atingidas pela pronúncia de inconstitucionalidade. Além disso, e sobretudo, por uma parte, evita que questões meramente abstratas, relativas a circunstâncias que não se realizam na vida cotidiana, que não possuem juridicidade ou executoriedade, sejam levadas à atenção das Cortes constitucionais; por outra, impede que interpretações inconstitucionais de uma disposição escapem do controle. (Quanto são os significados que podem ter uma palavra ou uma frase e ainda quantos deles poderão ser transformados em razão da mudança dos contextos lingüísticos e extralingüísticos em que operam?) O controle preventivo pretende insistir sobre o unívoco sentido de uma lei ou parte dela, mas não leva em consideração todos os outros, presentes e futuros.

4.3. O controle difuso nos ordenamentos do common law

Entre os mais significativos ordenamentos do *common law* que se inspiram no sistema americano, o Canadá e a Austrália devem ser considerados como o lugar onde o Tribunal Supremo não exerce, em posição de monopólio, o controle de constitucionalidade que compete a cada juiz. Também nesses ordenamentos, os juízes são nomeados pelo Governador geral e mantêm o cargo até à idade da aposentadoria, *during good behaviour*, e só podem ser removidos pelo mesmo Governador com intervenção do legislativo. Verbalizações de alguns institutos ou procedimentos do *judicial review* americano se acham também em alguns países da Ásia e África sujeitos ao domínio colonial inglês (onde, portanto, junto aos modos nativos de fazer o direito, arraigou-se o *common law*): como, por exemplo, o Quênia, cuja Constituição outorga às cortes o poder de deferir ao *High Court* questões relativas à interpretação constitucional; Uganda, cujas cortes podem – ou, se solicitado pelas partes, devem – deferir cada questão relativa à interpretação da Constituição à

Corte de Apelação “*sitting as a Constitutional Court*”; ou Nigéria, onde o Tribunal Supremo tem, como nos Estados Unidos, a competência exclusiva a respeito das disputas entre Federação e Estados.

No continente africano, o caso mais interessante é representado pela República da África do Sul: um ordenamento misto, onde o *common law* se mescla ao bôer *roman-dutch law* e o *Constitution of the Republic of South Africa Act* de 1996 conferiu a uma Corte, composta por um Presidente e dez membros, a competência exclusiva sobre todas as matérias relativas à interpretação, à tutela e à realização da Constituição, entre as quais as violações dos direitos fundamentais, vários conflitos constitucionais entre órgãos do Estado e entre centro e Províncias e sobretudo o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Em outros casos, a Corte constitucional funciona como corte de última instância. Inclusive, não tendo sido repudiado completamente o controle difuso, a peculiar situação da ex-colônia induziu os *framers* a hibridar o modelo típico dos ordenamentos do *common law*, dando vida a um *unicum* no panorama comparatista.

4.4. O controle difuso nos sistemas de civil law

No caso em que um ordenamento de origem romanística venha a carecer – ao menos em teoria – daqueles formidáveis elementos de coesão e unificação do direito representados pelo sistema precedente (seja ele *binding ou persuasive*) e do princípio do *stare decisis*, explica-se, então, por que na área geográfica onde mais freqüentemente o controle de constitucionalidade sofreu a influência do modelo norte-americano – a América latina – tenham sido excogitados vários expedientes para evitar o problema representado pela inoperatividade dos princípios em referência.

Fora os casos já apontados do Peru, Guatemala e Equador, onde o controle difuso conjuga-se com aquele concentrado de tal maneira que até cogitou-se uma “*concepción*

*ibero-americana difuso-concentrada*¹¹, na Argentina e no Brasil a constitucionalização de institutos nativos – como o *amparo* ou o mandado de segurança – e a previsão de particularidades relativas à eficácia das sentenças acompanhou o reconhecimento do controle difuso por parte dos juízes. Ainda hoje, o art. 97 da Constituição brasileira de 1988 confia aos tribunais, por maioria absoluta dos membros, “... declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, sendo reservadas ao Supremo Tribunal Federal, como nos Estados Unidos, algumas competências exclusivas ou originárias. Da mesma forma, análogas atribuições da Corte Suprema são elencadas pelos artigos 116 e 117 da Constituição argentina de 1994; operando, ainda, a *supremacy clause* do art. 31, cada juiz pode deixar de aplicar a lei (ou outro ato) contrastante com a Constituição federal.

Também em Honduras, “en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez aplicará la primera”. Contudo, isso não parece ter despertado particulares problemas na concreta realização do controle de constitucionalidade, nem suscitou excessivas preocupações por parte da doutrina: para abordar o problema da eficácia *inter partes* das decisões, foi suficiente introduzir o simples corretivo de outorgar às decisões de inconstitucionalidade da Corte ou Tribunal Supremo efeito vinculante em relação aos órgãos inferiores. Solução análoga foi, por outra parte, oferecida pela Constituição mexicana, que remete à lei sobre o *amparo* estabelecer os casos nos quais o precedente assume eficácia obrigatória.

Mas, com a devida cautela, parece que o dogma da dificuldade de exportação do modelo americano para os sistemas da *civil law* opera, prevalentemente, como legado cultural de juristas resistentes a considerar a progressiva aproximação das famílias do *common law* e da *civil law* e o reconhecimento da extraordinária flexibilidade e capacidade de adaptação da justiça constituio-

nal: capacidade comprovada, por um lado, pela atenuação da eficácia vinculante do precedente nos Estados Unidos; por outro, pela aquisição de eficácia *erga omnes* dos precedentes elaborados por alguns Tribunais Supremos nos ordenamentos da *civil law*.

Igualmente, deve ser recordado que, seja na América do Norte ou em outro lugar, também os Tribunais Supremos (e não apenas os Tribunais Constitucionais especializados) estendem a mão para monopolizar (ou pelo menos concentrar) o exercício da justiça constitucional: isso ocorre no Japão, onde o art. 81 da Constituição confere referido exercício ao Tribunal Supremo, Tribunal ordinário de última instância, no Chile, na Venezuela e na Costa Rica, onde o controle das leis é conferido, exclusivamente, ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e em particular às salas especializadas. No continente africano, uma revisão constitucional de 1990 confiou à Suprema Corte do Zaire o controle de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei. Na Oceania, os Tribunais Supremos de Vanuatu e das Samoaas ocidentais são competentes, respectivamente, para conhecer as violações da Constituição e para interpretá-la cada vez que surja uma questão a propósito. Um pouco parecido, na área caribenha, ocorre, por exemplo, com Antígua e Barbuda e até em uma República explicitamente islâmica como o Iêmen, onde a Constituição atribui à Corte Suprema a tarefa de estatuir em matéria de constitucionalidade das leis.

4.5. A circulação dos modelos de controle concentrado

Nos sistemas jurídicos de base codicística, no curso dos últimos anos, tornaram-se mais numerosos os ordenamentos que (em vez de confiar a cada juiz o controle de constitucionalidade ou potencializar o papel do Tribunal Supremo como Tribunal Constitucional ou até subdividir a competência entre jurisdição ordinária e um Tribunal Constitucional especializado) percorreram o ca-

minho de um Tribunal Constitucional *ad hoc*, chamado a exercer *com exclusividade* a tarefa do controle das leis e/ou de outros atos dos órgãos constitucionais ou entes centrais ou periféricos. Além de alguns países da América do Sul e Central, recordamos que – na Ásia – Cortes Constitucionais atuam – a exemplo da Turquia – de acordo com a Constituição de 1982, no Uzbequistão, Tajikistão, Kazakhistão, Azerbaijão, Armênia e em alguns outros ordenamentos surgidos em razão do desmembramento da URSS, na Tailândia, etc. Porém, na África, onde, por outra parte, as constituições frequentemente restam apenas “sobre o papel”, registram-se exemplos análogos, como nas ex-colônias francesas e em Angola (enquanto naquelas inglesas, eventualmente, as Cortes Supremas também desenvolvem o *judicial review*). É, entretanto, no continente europeu que o modelo de controle centralizado, especializado e posterior teve melhor sorte: parcialmente transformado – além do “*idealtipo*” kelseniano –, também, por outros sistemas como os da Alemanha, Itália, e mais tarde Espanha, vem sendo previsto por exemplo no Chipre, nos ordenamentos do Leste da Europa e em algumas repúblicas nascidas da dissolução da URSS e da Jugoslávia. Na verdade, na última década, têm sido instituídas Cortes constitucionais na Rússia, Bulgária, Lituânia, República Tcheca, República Eslovaca, România, Hungria, Eslovênia, Polônia, Croácia, Albânia, Moldávia, Ucrânia, etc.

Em todos esses casos, o órgão é *ad hoc*, no sentido de que lhe compete apenas o controle de constitucionalidade de leis e outros atos normativos, além de variadas funções típicas das Cortes constitucionais. Como constatamos, não existe mais um “modelo centralizado” unitário: são múltiplos; sobretudo as variáveis representadas pelas modalidades de acesso à Corte constitucional, e frequentemente é contemplado, seja a ação direta dos órgãos constitucionais e/ou dos cidadãos e/ou das minorias parlamentáreas, seja o incidente de constitucionalidade

por parte dos tribunais; não falta nem mesmo o controle preventivo.

O sistema incidental não encontrou excessiva sorte nos países pertencentes à ex-União Soviética, onde prevalece muito mais o acesso por meio de ação direta, da qual, entretanto, também são titulares as cortes de cúpula da magistratura; também não é empregado – salvo raríssimas exceções como o Panamá – na América Latina, ao contrário da África em que, em algumas ex-colônias francesas como o Congo, Chade, Senegal e Togo, ele aproxima-se do controle preventivo. Igualmente, a exceção de inconstitucionalidade diante de um Tribunal ou Corte constitucional é contemplada pelas Constituições da România e da República Eslovaca, além de algumas leis *attuative*.

Não faltam, assim, soluções particularíssimas de controle centralizado. Com efeito, casos assim são representados – além do Tribunal constitucional português – pelo Tribunal federal suíço e pela *Cour d'arbitrage* belga.

5. Elementos de diversificação e de uniformização

5.1. Considerações introdutórias

Do que até agora foi revelado convém ressaltar duas circunstâncias: de uma parte, não só a introdução generalizada da justiça constitucional concorre, junto com outros fatores (como a tendência para a valorização das autonomias, o acolhimento difuso das cartas de direitos, o acolhimento da divisão dos poderes e da supremacia da constituição, etc.), para uniformização dos ordenamentos complexamente considerados; e não só – no âmbito do controle de constitucionalidade – tais uniformizações são mais acentuadas em razão da fusão de elementos recebidos de experiência das mais variadas. Mas, além disso, parece assistir, sobre um outro aspecto, a uma maior magnitude das sistematizações e funcionamento das Cortes, de suas funções, de seu *modus procedendi*, etc.

5.2. A jurisdição das liberdades e da igualdade

Se, ao menos originariamente, o papel arbitral da Corte ou Tribunal constitucional prevalecia claramente sobre a jurisdição das liberdades, hoje isso ainda resta importante, mas a progressiva incorporação nas Constituições de cartas de direitos cada vez mais extensos, a necessidade de fazer operante o princípio de igualdade, a exigência de pesar e repesar os valores conflitantes que pouco a pouco modificam a sensibilidade do corpo social na sua própria consideração tornaram cada vez mais agressiva uma jurisprudência constitucional que, estimulada pelos questionamentos dos cidadãos, tem sempre posto a tutela dos direitos no centro da própria atividade. Tecnicamente isso pode ocorrer de modo pleno, direto (onde sejam previstos instrumentos como o *amparo*, o mandado de segurança ou o *Verfassungsbeschwerde*, isto é, instrumentos de acesso direto dos cidadãos para defesa dos próprios direitos) ou quase pleno (como na Suíça, onde o recurso só pode dirigir contra atos legislativos cantonais) ou indireto (como na Itália e na Federação russa, onde, por exemplo, os direitos só são tutelados incidentalmente)¹².

5.3. Expansão das motivações

Quais que sejam os instrumentos utilizados hoje em dia, grande parte das Cortes, se bem que não todas, são chamadas a pronunciarem-se, em grande medida, sobre discriminações arbitrárias, que, mesmo consideradas individualmente, refletem em toda a categoria. Quem folhear a *Gazzetta Ufficiale* italiana, na parte dedicada as *ordinanze di remissione*, observará que a norma-parâmetro de longa data mais vezes reclamada é o art. 3 da Constituição^{NT}; igualmente ocorre na Áustria, Alemanha e até na França, onde o *Conseil constitutionnel*, da *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, transformou-se no garantidor da liberdade e da igualdade; enquanto na Espanha, boa parte da jurisprudência constitucional versa

sobre a tutela da efetividade dos direitos, assegurada pelo artigo 24 da Constituição^{NT}.

À medida que cresce a autonomia do processo decisional, eleva-se também o grau de liberdade na seleção das matérias jurídicas de elaboração e valoração das conseqüências da sentença, os “valores” para privilegiar os pesos das provas, etc. No caso em espécie, são as mesmas Cortes a individualizar os valores – a decidir, portanto, o que representa um “valor” merecedor de tutela – e a lhes atribuir, em um determinado momento histórico, uma posição privilegiada com respeito a outros, segundo uma interpretação da realidade que nem sempre está em sintonia com a interpretação realizada por outros órgãos ou sujeitos políticos, mas que presume-se estar conforme ao que exprime a sociedade.

Na realização de tais operações, as Cortes freqüentemente são obrigadas a sacrificar as orientações morais e políticas inspiradoras da lei, e nela incorporadas, em benefício daquelas interpretações do direito posto (quer dizer delas mesmas), indulgenciando, às vezes, tanto na edificação de metafísicas globais, quanto na indicação de modelo para elaboração de novos jusnaturalismos¹³.

Apesar do *self-restraint* que caracteriza freqüentemente sua jurisprudência, os Tribunais constitucionais concorrem também para remodelar os textos constitucionais, não só modernizando a axiologia dos valores, mas também operando reais revisões do significado das palavras e disposições¹⁴.

Além do processo de decisão (ou de invenção), isso se repercute também em toda parte do processo de justificação (ou de validação), concorrendo para um generalizado crescimento das motivações. Até na França, onde, até bem pouco tempo, a técnica dos *vu* e dos *considérant* impedia o adequado desenvolvimento da parte da motivação das sentenças e, por conseqüência, a elevação de um papel também orientador – se assim se pode dizer – e pedagógico nos confrontos dos poderes públicos e da opinião pública.

5.4. A ampliação das competências

Em quase todas as ordens jurídicas, o caráter particular das decisões das Cortes constitucionais – cuja substância é amplamente discricional (para não dizer política), mas cuja forma é caracterizada pela jurisdicionalização do processo –, e sobretudo a posição de terceiros em que atuam os juízes das leis, sugeriu que lhes fosse outorgada (além do controle de constitucionalidade das leis e outros atos, da resolução dos conflitos entre centro e periferia) uma série de funções que requerem o exercício de um papel arbitral. Por sua riqueza – apesar disso, tampouco comparável àquela dos textos mais recentes, espécie do Este europeu –, são emblemáticas a esse propósito as disciplinas ditadas pelo *Grundgesetz*, da Constituição italiana e da espanhola, além das respectivas legislações *attuative*. Elas se ocupam de atividades tais como – além da solução dos conflitos entre os poderes do Estado – o controle sobre a regularidade das eleições ou sobre a admissibilidade de referendos, suspensão dos direitos, declaração de inconstitucionalidade dos partidos políticos, etc.¹⁵.

Sobre a guarda das experiências, até agora descritas, vários ordenamentos carregaram (e freqüentemente sobrecarregaram) o próprio Tribunal Constitucional de funções ulteriores, que podem ser agrupadas como podemos ver a seguir.

Entre elas, como nos três países citados, comparecem em primeiro lugar aqueles resguardadores dos conflitos entre órgãos ou “poderes” do Estado. Não raro são contemplados entre os conflitos – como naqueles entre Parlamento e Governo – que, até onde atuar a relação de confiança, esta sugeriria uma composição exclusivamente política dos mesmos. Prevêem essa competência, além daquelas já mencionadas, as Constituições búlgara, croata, eslovena, sul-africana, eslovaca, russa, equatoriana, boliviana, georgiana, do Tajikistão, do Senegal, do Chade, do Mali, do Chipre, da República da Coreia, da Costa Rica...

Outra função freqüentemente atribuída é a vigilância sobre as operações eleitorais, políticas ou presidenciais ou ainda administrativas, e/ou a decisão sobre os respectivos recursos (França, Alemanha, Grécia, Áustria, Portugal, Lituânia, Repúblicas Checa e Eslovaca, Eslovênia, Croácia, România, Bulgária, Geórgia, Moldávia, Kazakhistão, Chile, Chade, Congo, Mali, etc). Além disso, freqüentemente os Tribunais constitucionais são chamados a supervisionar a regularidade dos procedimentos referendários ou, como na Itália, sobre a admissibilidade dos respectivos questionamentos.

As Cortes constitucionais são, em quase todas as partes, interessadas nos procedimentos de *impeachment*, nos litígios que envolvem o Presidente da República e/ou ministros, parlamentários, juízes ou outros funcionários: assim dispõem, entre as outras, as Constituições da Ucrânia, Lituânia, Croácia, do Chile, da República da Coreia, Honduras, Iêmen e Zaire. Às vezes, o julgamento compete ao Tribunal constitucional investido da competência de outros órgãos constitucionais; outras vezes, é chamado apenas a emitir um parecer, ou a instruir a acusação, ou a garantir a correta observância dos procedimentos.

Em alguns ordenamentos, corresponde também às Cortes a tarefa de verificar o impedimento temporário ou definitivo do chefe do Estado e analisar os pressupostos para proceder ao *interim*, como por exemplo em Portugal, Romênia, Lituânia, Moldávia, Armênia, Chipre.

Nos ordenamentos “protegidos” contra a atividade de partidos ou associações anti-constitucionais, é freqüente que as decisões sobre a natureza dos mesmos, como inclusive em algum caso de aplicação das respectivas sanções, seja confiada à Corte constitucional, reputada mais idônea que outros poderes a assumir uma decisão imparcial: a disposição mais conhecida – também pela aplicação que se fez – está contida no *Grundgesetz* alemão, introduzida fielmente no texto de outras Constituições que dispu-

seram de modo análogo, como Portugal, Bulgária, Romênia, Croácia, Eslovênia, Repúblicas Checa e Eslovaca, Geórgia, Polônia, Chile, Coréia...

Não falta, às vezes, a atribuição de funções de consultoria dos vários órgãos do Estado, como na Guatemala, Bolívia e na Índia.

Por fim, percorrendo os textos constitucionais e a legislação *attuativa*, é fácil encontrar disposições que atribuem aos Tribunais constitucionais competências das mais variadas, como emitir pareceres sobre a proclamação de medidas de emergência, atestar a morte ou a incapacidade dos candidatos à Presidência da República, decidir sobre a extradição de cidadãos estrangeiros, verificar as circunstâncias da dissolução das câmaras parlamentárias pelo Presidente, averiguar as incompatibilidades dos ministros, pronunciar-se sobre as candidaturas ao cargo presidencial...

A atribuição de tarefas que excedem à Justiça Constitucional – em sentido estrito – contribuiu, no dilatar das funções das Cortes constitucionais, para aumentar sua importância e a desequilibrar, a seu favor, o contrapeso entre os órgãos constitucionais. Embora atuem com os instrumentos típicos da jurisdição, e quase sempre podendo atuar apenas se provocadas, as Cortes assumem, inclusive nesses casos, posições caracterizadas por um elevado grau de politismo.

Não deve ser motivo de assombro que, no final de um longo processo, de pelo menos dois séculos, algumas Constituições chegassem até a prever um papel ativo dos Tribunais constitucionais no âmbito do procedimento de revisão constitucional, consagrando assim sua função de “constituinte permanente”.

5.5. As Cortes constitucionais, constituinte permanente

Que fique bem claro que, qualquer que seja o papel assumido *formalmente* pelos Tribunais constitucionais nos mecanismos de

revisão, eles, *seja como for*, concorrem para a transformação dos textos constitucionais conformando-os com as novas exigências da sociedade. Várias Constituições têm, inclusive, contemplado também sua intervenção nos processos de revisão – que caracteriza os textos rígidos – como forma de agravamento do *inter legis*¹⁶.

Além dos casos nos quais vem codificado o *status* do Tribunal constitucional como “intérprete” ou “intérprete oficial” da Constituição e das leis (Rússia e Estados da ex-URSS, Chipre, Samoa ocidentais, etc.), com as conseqüências que essa fórmula atrai quanto à eficácia vinculante das decisões, as tipologias da participação das Cortes no procedimento emendativo da Constituição vão agrupadas, mais ou menos, da seguinte forma:

a) Em primeiro lugar, alguns textos conferem um real poder de solucionar, como no Chile, “qualquer questão de constitucionalidade que possa surgir durante o exame de emendas constitucionais” ou “as demandas referentes a procedimentos de reforma da Constituição” (Bolívia). A Constituição da Moldávia prescreve que os projetos de lei de revisão constitucional subordinados ao Parlamento devem ser examinados pela Corte constitucional, a pedido de pelo menos quatro juízes.

b) Para afastar qualquer dúvida sobre a extensão do poder em questão, outras Constituições (como a colombiana) esclarecem que o controle das Cortes Constitucionais sobre o projeto de revisão é limitado ao exame dos “vícios de procedimento na sua formação” (no caso particular relacionado com a convocação de um referendo ou uma adequada Assembléia constituinte).

c) Às vezes, a Constituição atribui às Cortes Supremas (ou constitucionais) até mesmo a iniciativa do procedimento de revisão. Assim dispõem, ou dispuseram, as Constituições do Equador, Panamá e Peru antes da revisão do 1993. Em tal caso, a intervenção não é circunscrita aos aspectos formais, ou coordenada para respeitar os

limites explícitos ou implícitos à revisão. Ao contrário, indica a entrada do Tribunal Constitucional no circuito político com a assunção das conseqüentes responsabilidades.

d) A participação das Cortes no processo de revisão também pode ocorrer por vias transversais enquanto sejam chamadas a exercer funções de controle em eleições ou referendos e essas atividades concorram, obrigatória ou livremente, para aperfeiçoar o *iter* emendativo (isso, como já vimos, ocorre na França, onde, além das eleições, o *Conseil constitutionnel* fiscaliza também a regularidade do referendo a exemplo do que ocorre em numerosas ex-colônias francesas, além da Romênia, que é um ordenamento que deriva diretamente do francês). Na mesma tipologia deve inscrever-se a intervenção da Corte constitucional no exame da regularidade da iniciativa popular onde os cidadãos também possam exercer a proposta de revisão como, novamente, registra-se o caso romeno.

e) Um caso altamente significativo é representado pela intervenção da Corte constitucional nos procedimentos provisórios de formação da Constituição. A propósito, é emblemática a experiência da África do Sul, cuja *Constitution Act 1993* estabeleceu – combinado com o anexo 4 – um detalhado mecanismo para adoção do texto final. Nele era prevista a eleição de uma Assembléia constitucional com a tarefa de aprovar a Constituição definitiva, que devia estar conforme a trinta e quatro *Constitutional Principles* enunciados no citado Anexo. Nos termos do art. 71, C. 2, o respeito a tais princípios deveria ser certificado pela Corte constitucional, que, entretanto, declarou que nem todas as disposições do *bill* aprovadas pela assembléia constituinte eram conformes. Emendado o texto, a Corte constitucional o aprovou com decisão de 5 de dezembro de 1996, permitindo a entrada em vigência da nova Constituição da República da África do Sul.

f) Por último, faz-se referência ao controle exercido pelas Cortes constitucionais so-

bre as leis orgânicas, tomando como parâmetro de julgamento onde a Constituição contempla esta categoria (também) como de fonte do direito e “prolongamento da Constituição”: França, Espanha, Romênia e vários ordenamentos da América Latina. Em particular, recordamos que na França o *Conseil constitutionnel*, de um lado, declarou que as leis orgânicas não deviam violar “*dans le même esprit*” as ordenanças orgânicas assumidas pelo Governo entre 1958 e 1959 para a *mise en place* das instituições, que quase tinham valor constitucional; do outro, que as leis orgânicas servissem de parâmetro para o controle das leis ordinárias.

Contudo, a elaboração da teoria de que existem “princípios supremos da constituição”, e, como tais, imodificáveis até mesmo pelo próprio poder de revisão constitucional vez que seriam realmente os atentos guardiões da Constituição, parece colocar as Cortes constitucionais não só acima do poder legislativo, mas realmente ao lado do Constituinte. Cremos que boa prova dessa realidade é a codificação do papel das Cortes no procedimento de revisão constitucional realizada nas formas sumariamente descritas.

6. Conclusões

Constatamos a impetuosa expansão que o instituto do controle de constitucionalidade teve no curso do século vinte, sobretudo depois da Segunda Guerra e na década recém-concluída. Nascida de diferentes origens, a idéia de um juiz das leis difundiu-se por quase todos os lugares, pelo menos em nível de verbalização constitucional. Atualmente fazem-na própria até mesmo alguns ordenamentos que desconhecera *de iure* ou *de facto* a forma de Estado liberal-democrático, em vantagem a ordenamentos autoritários ou teocráticos.

As diversidades estruturais de cada ordenamento – imputáveis à família jurídica pertencente, às tradições históricas e culturais, à forma de governo, ao nível de desen-

volvimento, etc. – aconselharam, depois de uma fase de acríticas recepções, adaptar os modelos originários a específicas exigências de funcionamento. A translação *en bloc* do sistema americano ou austríaco foi pouco a pouco sendo substituída por disciplinas mais dirigidas, dúcteis, poliformes.

Não só em alguns Países da Europa foi introduzido um *tertium genus* de justiça constitucional caracterizado pela incidentalidade do acesso, mas quase sempre os ordenamentos particulares contemplaram, e ainda prevêem, vários modos de controlar a lei. Quase em todos os lugares são mantidas formas de controle interno político junto a controles jurisdicionais. É freqüente – no velho continente como no novo, mas também na Ásia, na África, na Oceania – que o controle sucessivo se aproxime em alguns casos a procedimentos de controle *a priori*. Onde prevalece o controle incidental, é regra, e não exceção, que a lei possa ser também impugnada por via direta. Não raro, antigas tradições de controle difuso sobreviveram à instituição de uma Corte especializada.

Em todos esses casos, não só os procedimentos, mas inclusive o objeto do recurso e a tipologia das pronúncias, como também a disciplina dos efeitos, têm crescido quantitativamente e qualitativamente graças, ainda, a uma maior circulação de informações e notícias e a trocas de experiências cada vez mais intensas, e isso comprova uma vez mais o fundamental papel desenvolvido pelo estudo do direito comparado, inclusive nesse delicado setor.

Notas

¹ Texto, com modificações e acréscimos, baseado na palestra proferida no Congresso “Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino”, República de San Marino, 18-19 de fevereiro de 2000.

² A literatura sobre o controle de constitucionalidade das leis é verdadeiramente vasta e tem crescido desmesuradamente, sobretudo nos últimos anos. Não são, entretanto, muitos os volumes que

versam sobre a justiça constitucional desde uma perspectiva comparada ampla (isto é, mundial ou, ao menos, continental); além da contribuição de M. Cappelletti, (1968; 1984; 1989; 1984); Rivas (1985); Favoreu (1992); Fromont (1996); Verdussen (1997); Rosseau (1998); Luthier; Romboli; Tarchi (2000). Outros trabalhos úteis para delimitar o argumento e para compreender a classificação dos modelos são, em espanhol: Fernández Segado (1997, p. 45 et seq. 2003); em italiano: Pizzorusso (1982, p. 521 et seq.) e em Pegoraro; Reposo; Gobbo (1985, v. 2, p. 1013 et seq.); em francês: Favoreu (1984, p. 1147 et seq.).

Para completar a consulta bibliográfica, vide referências na minha obra *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.

³ Com mais profundidade em Pegoraro (1997, p. 3 et seq. 1999, p. 1217 et seq.).

⁴ Além das obras da coletânea citada na nota 3, ver também: Rinella (1996).

⁵ A respeito do tema, a Constituição assegura, ainda, a vigilância sobre a regularidade das eleições presidenciais e do procedimento de *referendum*, das decisões sobre a regularidade das eleições para deputados e senadores, bem como do parecer sobre assunção dos poderes excepcionais por parte do Presidente da República, *ex art.* 16. Depois da reforma de março de 2003, compete também ao Presidente o controle sucessivo das leis invasivas da competência dos Territórios de ultramar.

⁶ Trata-se da chamada *supremacy clause* estabelecida no art. VI c. 2.

⁷ É esta a razão do *nomen* atribuído ao modelo definido “incidental”, porque se ancora num incidente ou exceção processual e não numa ação direta.

⁸ Em sede de controle concreto (que tenha por objeto apenas leis aprovadas depois da entrada em vigor do *Grundgesetz*), o julgador deve ter a convicção – já não apenas dúvida – de que a lei seja inconstitucional.

⁹ Cf. FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 965 et seq.; PIZA ROCAFORT, 1989, p. 681 et seq.; GARCÍA BELAUNDE; FERNÁNDEZ SEGADO, 1997; BREWER CARÍAS, 1997, p. 121 et seq.; GARCÍA BELAUNDE, 2000.

¹⁰ (1983) IRLM 246.

¹¹ PIZA ESCALANTE, 1995, p. 155, recordado por FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 975.

¹² PALADIN, 1988, p. 521 et seq. E ainda em Pegoraro; Reposo; Gobbo (1998, p. 2003 et seq.).

^{NT} Refere-se aos princípios fundamentais e tem o seguinte texto:

Art. 3: “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a Lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais.

É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores à organização política, econômica e social do País”.

^{NT} Artigo 24 da Constituição Espanhola:

“1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juizes e Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se a falta de defesa. 2. Do mesmo modo, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação formulada contra si, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos supostamente delitivos”.

¹³ Ver em geral Scarpelli, (1976, p. 440). Sobre os processos formativos e argumentativos das decisões, uma proposição geral, além da obra antes citada existe outro livro do mesmo autor, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: _____ *L'etica senza verità*. Bologna: Il Mulino. 1982.

¹⁴ É emblemática, nesse propósito, a transformação do federalismo americano por meio da leitura realizada pela Corte Suprema da *commerce clause*, cujo art. I, seção VIII, da Const. diz respeito ao Congresso “regular o comércio com as nações estrangeiras e entre os vários Estados (entenda-se: Estados-membros) e com as tribos indígenas”. Ver Bognetti (1988).

¹⁵ Ver Baldin, (2000); Ferrari, (2000, p. 351 et seq.).

¹⁶ Seja consentido reenviar a Pegoraro (1999a, p. 221 et seq., 1999b, p. 7 et seq.).

Bibliografia

BALDIN, Serena. *Le “altre funzioni” delle corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 2000.

BOGNETTI, Giovanni. *Commerce clause*. *Digesto IV*, Torino, 1988.

BREWER CARÍAS, Allan R. *La jurisdicción constitucional en América Latina*. In: GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madri: Dykinson, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; AA.VV. *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*. Bogotá: Universidad de Externado, 1984.

_____. *Giudici legislatori?*. Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.

_____. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica, 1990.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

ELIA, Leopoldo. *Giustizia costituzionale e diritto comparato*. In: PIZZORUSSO, Alessandro; VARANO, Vincenzo (Coord.). *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Milano, Giuffrè, 1985. v. 2.

FAVOREU, Louis. *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*. *Revue du droit public et de la science politique, s.l.*, 1984.

_____. *Les cours constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesys en el pasado siglo*. In: MIRANDA, J. (Org.). *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2.

_____. *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*. In: _____; GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

_____. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*. *Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series*, Bologna, n. 5, 2003.

FERRARI, Giuseppe Franco. *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2000.

FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1996.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. 2. ed. Lima: Grijley, 2000.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. *La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.

LUTHER, Jörg; TARCHI, Rolando; ROMBOLI, Romberto (Coord.). *Esperienze di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2000. 2 v.

PALADIN, L. *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle corti costituzionali europee: spunti*

- comparatistici. In: CARLASSARE, Lorenza. (Coord.). *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 1988.
- PEGORARO, Lucio. Forme di governo, definizioni, classificazioni. In: _____; RINELLA, Angelo (a cura di). *Semipresidenzialismi. Quaderni giuridici del dipartimento di scienze politiche dell'università degli studi di Trieste*, Padova, n. 3, 1997.
- _____. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.
- _____. *Studi in onore di L. Elia*. Milano: Giuffrè, 1999.
- _____. *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 6, 1999.
- _____. *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. Revista de las Cortes Generales*, Madrid, n. 47, 1999.
- _____; REPOSO, Antonio; GOBBO, Maurilio (Coord.). *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*. Padova: Cedam, 1998.
- PIZA ESCALANTE, V. Rodolfo. *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1995.
- PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 15, 1989.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. Quaderni costituzionali*, Bologna, p. 521-533, dic. 1982.
- RINELLA, Angelo. *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e "circolazione" del modello francese nell'Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1996.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 1998.
- SCARPELLI, Umberto. *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*. In: _____ (Comp.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità, 1976.
- _____. *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: _____. *L'etica senza verità*. Bologna: Il Mulino, 1982.
- VERDUSSEN, Marc. *La justice constitutionnelle en Europe centrale*. Bruxelles: Bruylant, 1997.