

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO. PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
NA IBERO-AMÉRICA**

Porto Alegre

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO. PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
NA IBERO-AMÉRICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Titular Cezar Saldanha Souza Junior.

Porto Alegre
2012.

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
NA IBERO-AMÉRICA**

Tese defendida por Carlos Eduardo Dieder Reverbel, perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, com ênfase em Direito Público, submetida à banca examinadora, a qual lhe atribuiu a nota: ____; portanto, considerado:

() aprovado, com o grau correspondente: ____.

() reprovado, com o grau correspondente: ____

Observações:

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

1º Examinador:

2º Examinador:

3º Examinador:

4º Examinador:

Porto Alegre

2012.

À Daniela Medeiros.

AGRADECIMENTOS

Todo trabalho, por mais singelo e desprezioso que seja, exige seriedade, dedicação, vocação e amor. O presente não poderia ser diferente. Agradeço, portanto, de coração, a todos os que me incentivaram – do início ao fim –, mormente nos momentos mais difíceis, a realizar esta árdua tarefa. Em especial:

- Aos meus familiares, que sempre me apoiaram: Pai, Mãe e irmãos;
- Aos meus melhores amigos: Marcelo Schenk Duque, à Anelise Domingues Schuler, mas em especial à Romulo Ponticelli Giorgi Junior e Wagner Felloniuk, que participaram, ativamente, da correção do texto;
- Ao meu professor orientador, Cezar Saldanha Souza Junior, pela sincera amizade de quem foi não apenas um orientador, mas um educador, despertando em mim a vocação e o amor ao ensino;
- Ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mestre de todos nós;
- À Dani, minha estimada noiva, por tudo que eu não teria como descrever em palavras.
- Por fim, a todos os meus alunos da Instituição Educacional São Judas Tadeu, do Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International University, do IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural e da UFRGS, com os quais pude compartilhar – quando fui Professor Substituto na Faculdade de Direito da UFRGS – um ambiente acadêmico profícuo. Aos alunos da Pós-Graduação em Direito do Estado e aos alunos da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da UFRGS, da Pós-Graduação em Direito Público do IDC, da Pós-Graduação em Direito do Trabalho do Uniritter, todos eles, da Graduação à Pós-Graduação, são os verdadeiros incentivadores do progresso acadêmico que venho traçando desde os 16 anos de idade, quando adentrei na Faculdade de Direito da PUC.

EPÍGRAFE

JEAN PIERRE VERNANT

“Se é igual, não se pode comparar; se é radicalmente diferente, tampouco se pode comparar. Consequentemente, o comparatismo se instala no interior de domínios ou de grandes fatos humanos que são específicos de uma cultura, mas que ao mesmo tempo, não podem deixar de nos remeter a outras soluções alhures¹.”

RUBIO LLORENTE

“Para reducir los inconvenientes de esta situación no cabe prescindir de la constitucionalización de la política, pues ésta es inherente al lugar central de los Derechos y cuando se pretende echarla por puerta, entre por la ventana².”

ARAGÓN REYES

“En España y en los demás países civilizados, imparten justicia aplicando el Derecho vigente, el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar “moderna”, esto es, la propia de un Estado constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley³.”

¹ VERNANT, Jean Pierre. **La volonté de comprendre l'entretiens**. Paris: De L'Aube, 1999, p. 49. Prefácio de Antoine SPIRE. Tradução nossa.

² RUBIO LLORENTE, Francisco. Divide et obtempera? una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 67, ano 23, jan-abr de 2003, p. 49-67.

³ ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 164.

FIX-ZAMUDIO

“Los astrónomos han descubierto las leyes de gravitación de la tierra mediante la observación de otros planetas, por lo que, de igual modo, alejándonos del derecho propio llegamos a dominar el derecho nacional a través del estudio de los derechos extranjeros, valorizándolo comprensivamente en esta nueva dimensión⁴.”

⁴ FIX-ZAMUDIO. Héctor. **Derecho Comparado y Derecho de Amparo**. s.l., s.d., Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/8/art/art2.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2011, pp. 328-349.

RESUMO

O presente trabalho pretende estudar a Jurisdição Constitucional na Ibero-América. Tem consciência o autor da vastidão do conteúdo e da diversidade dos modelos, motivo pelo qual delimitou o estudo da jurisdição constitucional em duas partes: uma teórica voltada aos modelos, à configuração e estruturação dos fins e funções do Estado, para melhor compreender a jurisdição ordinária e constitucional. Após esta delimitação sugerimos uma nomenclatura que entendemos mais racional à classificação dos modelos, qual seja: jurisdição separada e jurisdição cumulada. Jurisdição que entrega o controle de constitucionalidade a um único órgão (normalmente o Tribunal Constitucional) e jurisdição que entrega o controle de constitucionalidade a todos os órgãos do poder judiciário. Após, tratamos dos modelos mistos, que em verdade fusionam jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, ou seja, todo e qualquer juiz é capaz de deixar de aplicar uma lei, por entendê-la Inconstitucional. O estudo limita-se a analisar quatro países da Ibero-América que aplicam modelos mistos, são eles: Perú, México, Venezuela e Colômbia. Mesmo adotando modelos mistos Nicarágua, República Dominicana, Guatemala e Equador foram excluídos do nosso estudo, tanto pela preocupação com a extensão do trabalho, quanto pela representatividade e suficiência dos países analisados para a compreensão almejada neste tese. O Brasil sempre esteve presente como critério de comparação, pois o trabalho foi desenvolvido tendo por base e pressuposto a nossa experiência de controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade, Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária, Controle Cumulado, Controle Separado, Controle Americano, Controle Europeu, Ibero-América, História Constitucional, Teoria da Constituição, Fins e funções do Estado, Níveis de Fins do Estado, Fins Últimos, Fins Intermediários, Fins Próximos e Ferreres Comella.

ABSTRACT

The current work aims to study the Constitutional Jurisdiction in Latin America. The author is aware of the amplitude of the subject and of the diversity of the models, and therefore limited the study of the constitutional jurisdiction in two parts. The first one is abstract and studies the models of judicial review of legislation and their relationship with the configuration and structure of the ends and functions of the State, aiming to provide a better understanding of the common and constitutional jurisdiction. After this delimitation we suggest a nomenclature that we think is more rational to the classification of the models of constitutional review, which is: separate jurisdiction and cumulated jurisdiction. The first one delivers the constitutional review to only one court (normally the Constitutional Court) and the second one delivers the constitutional review to every court of the Judicial branch. After, we study the mixed models, where there is a fusion of the common and the constitutional jurisdiction, making every single judge able to not apply an Act, if the judge thinks it is unconstitutional. This work limits itself to the study of four countries in Latin America that apply the mixed model of constitutional review: Peru, Mexico, Venezuela and Colombia. Nicaragua, Dominican Republic, Guatemala and Equator, though also adopting mixed models of constitutional review, were excluded of this work by the concern with extension limits and by the representativeness and sufficiency of the countries already studied in this thesis. Brazil was always present as comparative criteria, because this work was developed having our experience in constitutional review as basis and framework.

KEYWORDS: Judicial review of legislation, Constitutional Jurisdiction, Common Jurisdiction, Cumulated Control, Separate Control, American Control, European Control, Latin America, Constitutional History, Constitutional Theory, State Ends and Functions, Levels of the State Ends, Last Ends, Intermediate Ends, Near Ends e Ferreres Comella.

SUMÁRIO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO ORDINÁRIA NA IBERO-AMÉRICA

INTRODUÇÃO	15
1. Objeto material e objeto formal	15
2. Nominalismo do controle de constitucionalidade	17
3. <i>Definitio terminorum</i>: controle, aplicação e execução	18
4. Modelos de jurisdição constitucional na Ibero-América	21
5. Delimitação dos países	22
6. Terminologia nova aplicada aos modelos	23
7. Importância e Finalidade	24
8. Plano da exposição	25
PARTE I – A FUNÇÃO DE CONTROLE E DE EXECUÇÃO NA JURISDIÇÃO CUMULADA E SEPARADA	27
CAPÍTULO 1º - NÍVEIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO: EXECUÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONTROLE	27
9. Introdução	27
10. Fins e funções do Estado	28
11. Georg Jellinek: O nível abstrato e concreto do Estado	32
12. Marcelo Caetano: Distinção do campo jurídico do não-jurídico	35
13. Hans Kelsen: A criação e execução em níveis hierárquicos	39
14. Karl Loewenstein: <i>Policy Determination, Policy Execution e Policy Control</i>	42
15. Fins Últimos: Valores Supremos do Ordenamento Jurídico	49
16. Fins Intermediários: Deliberação das leis e determinação das políticas ...	51
17. Fins Próximos: execução das leis e aplicação das políticas públicas	54
18. A teoria do ordenamento jurídico: o controle cumulado e separado	56
CAPÍTULO 2º - POLICY CONTROL E POLICY EXECUTION: CONTROLE CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO ORDINÁRIA	60
19. Introdução	60
20. Policy Control e a Jurisdição Constitucional	61
21. <i>Policy Execution</i> e a Jurisdição “Ordinária”	65
22. Aplicação da lei aos fatos: a <i>função</i> executiva ordinária	69
23. Controle da lei aplicada aos fatos: a <i>função</i> do Tribunal Constitucional .	71

24. O <i>justo</i> e o <i>equitativo</i> como mecanismos de aplicação da justiça ordinária	74
25. Os princípios jurídicos e a função de controle dos Tribunais Constitucionais.....	78
26. Controle cumulado e separado vs. controle difuso e concentrado: a introdução dos modelos mistos.....	82
CAPÍTULO 3º - CONTROLE CUMULADO E SEPARADO: A NOVA TERMINOLOGIA APLICADA AO CONTROLE E A EXPANSÃO DOS MODELOS CLÁSSICOS.....	88
27. Introdução.....	88
28. Para uma nova tipologia do controle de constitucionalidade.....	90
29. Modelo de controle de constitucionalidade de ‘estrutura dualista’.....	91
30. Grau de “ <i>pureza</i> ” e “ <i>autonomia</i> ” no modelo de estrutura dualista.....	96
31. Controle de Constitucionalidade na experiência norte-americana: modelo de estrutura <i>cumulada-descentralizada-monista</i>	99
32. Controle de Constitucionalidade na experiência europeia: modelo de estrutura <i>separada-centralizada-dualista</i>	103
33. Expansão do modelo norte-americano de estrutura <i>cumulada-descentralizada-monista</i>	107
34. Expansão do modelo europeu de estrutura <i>separada-centralizada-dualista</i>	110
CAPÍTULO 4º - CONTROLE CUMULADO E SEPARADO: DESDOBRAMENTO DOS PROBLEMAS.....	114
35. Introdução.....	114
36. A “consciência” dos Tribunais Constitucionais.....	115
37. Os Tribunais Constitucionais e a rejeição de problemas constitucionais	117
37.1. Ausência de jurisdição discricionária.....	118
37.2. Ausência de casuísmo minimalista.....	122
37.3. A dificuldade de evitar os argumentos constitucionais recorrendo a argumentos de mera legalidade ordinária.....	124
37.4. A dificuldade de evitar os argumentos constitucionais por via interpretativa.....	126
38. A visibilidade dos tribunais constitucionais.....	127
39. A fragilidade dos tribunais constitucionais.....	129
40. Os tribunais constitucionais e a deferência ao legislador.....	130
41. Conclusão: um possível argumento.....	133
PARTE II – O IMPASSE IBERO-AMERICANO: ENTRE CUMULAÇÃO E SEPARAÇÃO DA FUNÇÃO DE CONTROLE.....	135
43. Introdução.....	135

CAPÍTULO 1º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL PERUANA.....	139
44. As raízes do constitucionalismo peruano	139
45. Estatutos políticos e constitucionais do Peru	142
46. A Constituição de <i>Cádiz</i> e a Supremacia da Constituição	145
47. As Constituições peruanas de 1856 e de 1979: a introdução dos controles	146
48. A Constituição peruana de 1993	149
48.1 Posição geográfico-constitucional da matéria.....	149
48.2. Normas sujeitas ao controle de constitucionalidade.....	150
48.3. O controle de constitucionalidade por órgãos da administração	152
48.4. Organização e procedimento no poder judiciário	154
48.5. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade	155
48.6. Sentenças atípicas do Tribunal Constitucional: <i>interpretativas y manipulativas</i>	156
48.7. Demais peculiaridades do controle peruano	158
49. Função de controle e de aplicação das leis no direito peruano.....	160
CAPÍTULO 2º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL MEXICANA	162
50. As raízes do constitucionalismo mexicano	162
51. Constituições, projetos e manifestos: as primícias do amparo mexicano	164
52. Da Constituição de <i>Cádiz</i> às Bases constitucionais de fevereiro de 1822	165
53. A Constituição federal mexicana de 1824	168
54. As Sete Leis de 1836: a criação do <i>Supremo Poder Conservador</i>	170
55. O Projeto de Reforma de 1840	173
56. Os Projetos de Constituição de 1842.....	175
57. Manuel Crescencio Rejón e a Constituição Yucateca de 1841	178
58. O Ato de Reforma de 1847: Rejón, o inventor e Otero, o idealizador	180
59. A Constituição de 1857: la entronización definitiva del amparo	182
60. O amparo na Constituição de 1917	184
61. Controle difuso-cumulado na Constituição de 1917.....	185
62. Controle concentrado-separado na Constituição de 1917: da Suprema Corte de Justiça ao Tribunal Constitucional	190
63. Função de controle e de aplicação das leis no direito mexicano.....	195
CAPÍTULO 3º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL VENEZUELANA.....	197
64. A declaração de independência venezuelana	197
65. A origem do Controle de Constitucionalidade: as bases do constitucionalismo de 1811	198

66. Caudilhismo político regional venezuelano: a queda da Gran-Colombia	201
67. A constituição de 1830 e o controle judicial implícito	202
68. Controle concentrado no século XIX: a peculiaridade constitucional Venezuelana	204
69. As Constituições venezuelanas de 1864, 1909, 1936, 1947, 1961	206
70. O controle “difuso” de Constitucionalidade: O Código de Procedimiento Civil de 1897	208
71. A Constituição de 1999: justiça constitucional e jurisdição constitucional	209
72. Reformas Constitucionais na Venezuela: a revolução socialista de Hugo Chaves.....	211
73. Controle difuso-cumulado na Constituição venezuelana de 1999.....	215
74. Controle concentrado-separado na Constituição venezuelana de 1999 ..	217
75. Função de controle e de aplicação das leis no direito venezuelano	219
CAPÍTULO 4º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	222
76. A declaração de independência colombiana	222
77. Constituições colombianas: de Villa del Rosario de Cúcuta à Bogotá	224
78. O controle <i>cumulado-difuso</i> de constitucionalidade na Constituição de 1886	228
79. Controle <i>concentrado-separado</i> de Constitucionalidade: O Ato Legislativo nº 3 de 1910.....	230
80. O sistema misto de controle de constitucionalidade Colombiano	232
81. Reforma constitucional de 1945	236
82. O controle de constitucionalidade <i>em concreto</i> e a defesa dos direitos constitucionais.....	238
83. O controle de constitucionalidade por via de exceção: o controle cumulado-difuso na constituição de 1991.....	241
84. A modulação dos efeitos nas decisões constitucionais da Colômbia	244
85. Controle <i>concentrado-separado</i> na Constituição Política Colombiana de 1991	246
86. Função de controle e de aplicação das leis no direito colombiano	250
CONCLUSÃO.....	252
87. Ponto de partida: fins e funções do Estado	252
88. Fins e funções na doutrina clássica	253
89. A função de execução-aplicação da lei.....	255
90. A função de controlar a lei aplicada	256
91. A função de controle cumulada com a função de aplicação	257
92. Modelo de estrutura monista e dualista	258
93. O impasse ibero-americano: controle cumulado e separado.....	259

94. Controle concentrado-separado na Venezuela e na Colômbia.....	260
95. Controle de Constitucionalidade por Tribunais Administrativos	261
96. Ativismo judicial proveniente da cumulação das funções de controle e aplicação	262
97. Rumos do Controle de Constitucionalidade na ibero-américa	264
BIBLIOGRAFIA	266
SÍTIOS ACESSADOS.....	281
CONSTITUIÇÕES ACESSADAS PELA INTERNET	283
DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA ACESSADAS PELA INTERNET.....	284
REVISTAS CONSULTADAS:.....	285

INTRODUÇÃO

1. Objeto material e objeto formal

Todo trabalho que pretenda ser científico possui, ao menos, um objeto *material* e um objeto *formal*. O primeiro representa um segmento da realidade objetiva que atrai a atenção do leitor. Preocupa-se, essencialmente, com a matéria objeto de análise. O segundo representa o ângulo, a perspectiva, a visão, a forma, o tratamento específico sob o qual examinamos a matéria. Neste sentido, um mesmo fenômeno pode ser analisado de diversas formas, tais como, pela perspectiva da história, da filosofia, da matemática, da antropologia, da teoria do estado, da teologia e, assim, sucessivamente. Vê-se, portanto, que somente o objeto material não faz ciência, não esgota o segmento da realidade objetiva, necessitando da forma específica pela qual a matéria proposta será tratada.

O objeto material específico, o segmento da realidade objetiva, a matéria que nos debruçamos no presente trabalho foi a da Jurisdição Constitucional, substrato delineador específico do modo, da forma, da maneira, como se reparte a jurisdição constitucional entre órgãos do Estado, com fins e funções próprias. No presente trabalho, o objeto material foi dividido na função de controle (contemplando os fins últimos do Estado) e na função de aplicação das leis aos casos concretos (contemplando os fins próximos e concretos do Estado).

O *substrato material* deste trabalho pela *perspectiva* que foi analisada valeu-se, quando necessário, de dados histórico-filosóficos e dos elementos da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, para melhor compreender a função de controle e de aplicação das leis. Todo fenômeno trabalhado apresenta elementos históricos intrínsecos ao problema. Conhecer a evolução da história constitucional dos países analisados (Peru, México, Venezuela e Colômbia), focando no tema do controle de constitucionalidade, nos foi de extrema valia. Buscamos saber, por exemplo, que constituição adotou o controle jurisdicional de constitucionalidade pela primeira vez, e como este controle foi evoluindo nas diversas constituições do país selecionado.

O objeto formal, o ângulo específico, a visão, o tratamento dado à matéria foi o da cumulação ou da separação das jurisdições no direito comparado; votando-se à Ibero-América, mais especificamente ao Peru, México, Venezuela e Colômbia. A forma pela qual separamos ou cumularmos as jurisdições importa muito ao Estado. Pode a primeira vista não parecer, mas a forma, por vezes, suplanta a matéria. Se a forma for racionalmente preordenada, a matéria, o conteúdo desenvolve-se de maneira mais harmônica. Há uma prioridade instrumental da forma em relação à matéria. Ambas, e cada uma, perfazem a configuração do todo pelas partes, pois o que seria da parte sem o todo? O diálogo institucional da forma com a matéria dará a inteireza do fenômeno da *jurisdição constitucional*.

A teoria dos fins e funções do Estado predetermina a separação das jurisdições. A função de controle e de aplicação das leis, formalmente deve ser alocada em poderes distintos. Enquanto a função de *controle* ficaria a cargo de *Tribunais Constitucionais* a função de *aplicação* ficaria reservada aos juízes e tribunais ordinários. Os fins últimos do Estado controlam os valores da Constituição com as leis predeterminadas pelo parlamento. Os fins próximos do Estado aplicam as leis deliberadas pelo parlamento. A forma predetermina ontologicamente esta separação destas funções.

Da interpenetração do objeto formal (cumulação ou separação) e do objeto material (jurisdição constitucional) resulta o objeto em sua plenitude, que pode ser expresso na seguinte fórmula: a *matéria* jurisdição constitucional, fenômeno de verificação de compatibilidade das leis com a constituição, foi analisado pela forma cumulada ou separada, inserida na realidade institucional da Ibero-América, valendo-se, quando necessário, das experiências norte-americana e europeia para melhor compreender a recepção do controle de constitucionalidade em alguns países da ibero-américa que adotam controle de constitucionalidade misto.

A função de controle fica fusionada com a função de aplicação, ou seja, o juiz ordinário pode aplicar a lei aos casos concretos, como também controlar se esta lei está de acordo com os valores da Constituição. De outro lado, o tribunal constitucional não somente controla a constitucionalidade das leis, como também se imiscui em matérias relacionadas à jurisdição ordinária. Esta cumulação contraria o predeterminado pela forma organizacional dos fins e funções do Estado.

2. Nominalismo do controle de constitucionalidade

O *nominalismo*, atitude filosófica defendida na idade média – tendo como precursor Guilherme de Ockham (1280-1349) – inicia uma corrente de pensamento, pela qual “termos consagrados pelo uso comum” são usados como “se contivessem significados bastantes em si mesmos, prontos e acabados, independentes dos fatos da vida⁵”. Neste sentido, não há o comprometimento em identificar as categorias trazidas na mente (e entendidas como verdadeiras) com a realidade. Assim, o real é subestimado em favor do ideal.

JELLINEK alertava sobre os problemas de se julgar o real segundo um tipo ideal e abstrato. É necessário, para ele, penetrar de uma forma enérgica, mediante investigação indutiva, no material histórico político da realidade, e colocar os tipos empíricos retirados da vida no lugar daqueles conceitos gerais⁶. A doutrina, por vezes, fala em controle difuso e concentrado sem penetrar na realidade dos modelos. Aplica e toma como bastantes em si mesmos os modelos copiados em realidades alienígenas. Os termos são usados como se contivessem lá o mesmo significado que querem aplicar aqui.

Justifica-se, desta forma, a importância de demonstrar a associação do nome com a realidade. Fala-se em controle difuso, controle concentrado, controle abstrato, controle concreto, controle e seus efeitos *inter partes* e *erga omnes*, por via de ação, por via de exceção. As nomenclaturas são tomadas como se contivessem significados bastantes em si mesmos, e mais, aplicam-se indistintamente tais conceitos, como se os mesmos se expressassem de forma universal aqui e lá, na nossa realidade e em realidade alienígena. O pressuposto doutrinário no tratamento da jurisdição constitucional leva em conta categorias trazidas na mente como certas e precisas. Fala-se, por exemplo, em

⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Estudo Introdutório: Em Torno do Sentido do Federalismo. In: _____; ÁVILA, Marta (Coord.). **Direito do Estado**: estudos sobre federalismo. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007, p. 10.

⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 555. Tradução de Fernando de Los Rios.

controle americano e controle europeu-austriaco como se fossem duas visões do mesmo problema.

Mediação sociológica é necessária, pois é necessário debruçar-se sobre a história do país, verificar como a sociedade se comporta diante daquela realidade, ver a composição do judiciário (eleito, concursado), ver a composição das cortes superiores, a força do parlamento, a racionalidade das instituições, a estruturação dos poderes, dos fins e funções do Estado, as guerras, os conflitos naturais entre os poderes. A tradição parlamentar, a tradição federativa, tradição republicana... Tudo isto, de uma forma ou de outra, influencia na técnica do controle de constitucionalidade. A análise comparada sempre sofre deste problema, uma vez que alguém de fora, com seus pressupostos, pré-conceitos, quer analisar como um instituto funciona dentro de uma realidade diferente da sua.

O bom comparatista deve ter a virtude de analisar a realidade alienígena *cum grano salis*, sem se contaminar por elementos colaterais ao problema. Evitar ficar preso aos nomes e aos sentidos que costuma atribuir a eles na sua realidade, mesmo porque uma mesma palavra pode conter dois significados. A palavra em uma cultura carrega também uma história, carrega consigo um sentido, uma causa e razão de ser, que para o comparatista pode não ser bem compreendida. Por vezes, certos institutos não possuem tradução, ou são especificidades verificadas somente naquela terra. Deve, portanto, o comparatista levar em consideração regionalismos, hábitos, costumes, tradição, história, língua.

3. *Definitio terminorum*: controle, aplicação e execução

Os clássicos tinham por hábito definir os termos com os quais trabalhavam. Após a definição das palavras dificilmente seriam mal compreendidos, mal interpretados. Definir o significado atribuído ao termo aprimora a compreensão do instituto, dando maior certeza e coesão ao assunto tratado. Por esta razão definir-se-á, em sede de introdução, os três termos trabalhados ao longo do trabalho: controle, aplicação e execução.

Aconselha-se baixar os dicionários e verificar na etimologia da palavra a essência que a mesma representa. Vamos aos dicionários. O substantivo masculino *contrôle* vem do francês, enquanto que *applicatio* e *exsecutio* originam-se do latim. O sentido etimológico é universal, pois remonta à origem, à função primária da palavra. Claro que as línguas adaptam e atribuem dentro da sua realidade, por vezes, mais de um sentido à mesma palavra. Nem sempre uma palavra encontra o mesmo correspondente em outra língua.

Para o dicionário *le grand robert de la langue française*⁷ a palavra *contrôle*, nome masculino, origina-se de *contre-rôle*, aparecendo provavelmente no ano 1422, significando registro tido em dobro. Registro duplo que se tinha para a verificação de um com o outro. Na verdade *rôle* em francês significa lista, ou seja, é a *contra-lista*, verificação da lista com a cópia da lista, utilizada nas embarcações que aportavam com mercadorias, pois fazia-se o *contre-rôle* dos produtos enviados. Significa verificação de um ato, de um direito, de um documento. É uma inspeção, verificação, apontamento. Controle dos bilhetes do teatro. Fala-se no dicionário francês em controle político, controle jurisdicional, controle de constitucionalidade. Exemplifica-se com o poder sem controle, no absolutismo.

O mesmo a aparece em *contrôler* cuja origem é *contre-roller*, *conteroller* (portar sobre o registro de controle), quer dizer, submeter alguma coisa a controle, examinar, inspecionar, apontar, verificar. Controlar os bilhetes de chegada do férreo, os passaportes, controlar um texto com o original. *Rolle* em francês significa lista, ou seja, controle da lista, verificação, checagem, confirmação do que vinha na embarcação, dos passageiros a bordo, dos passaportes. Controle pode ser atribuído ainda a *collationner*, que significa verificar a exatidão. Controlar um produto no final de produção. Controlar o bom funcionamento de um aparelho. Controlar por si mesmo. Pode ainda significar *assurer*, ou seja, controlar se tudo anda bem, se as ordens estão sendo cumpridas. Outro significado vem a ser *surveiller*, quando a Câmara eleita controla os atos do governo. Controlar as publicações da imprensa⁸.

⁷ ROBERT, Paul. *Le grand Robert de la langue française*: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. 2ª ed., Tome II, Paris: Le Robert, 1986, p. 895.

⁸ *Ibidem*, 895.

O dicionário francês-português de S. Burtin-Vinholes⁹, de maneira mais simplificada, atribui ao *contrôle* o significado de verificação, inspeção administrativa, verificação das contas de uma administração. O dicionário de sinônimos francês coloca como sinônimo de *contrôler*, apenas *vérifier* e *critiquer*¹⁰. O *Gran Diccionario de sinonimos, antônimos e ideas afines* de Ruy Diaz coloca como sinónimo para *control* (censura, vigilancia, inspección, examen, verificación) e para controlar (verificar, inspeccionar, examinar, comprobar, vigilar)¹¹.

O breve diccionario etimológico de la lengua castellana menciona *contralor* como o interventor de gastos e contas na Casa Real e no exército, em 1611, originário do francês *contrôler*, empregado que se encarrega das comprovações administrativas, derivado de *contrôler*, comprovar, verificar, e este de *contrôle*, duplo registro que se levava na administração para verificação recíproca, contração de *contrerôle*, derivado por sua vez de *rôle*, “registro” (da mesma origem que *rollo*)¹².

Il dizionario della lingua italiana de Giacomo Devoto e Gian Carlo Oli refere que *controller* origina-se do francês *contrôleur*. *Contolleria*, pessoa da ferrovia que tem a função de controlar os bilhetes dos viajantes¹³. Para o *the century dictionary and cyclopedia*, a palavra *control* vem de *controlle*, *contrerole*, *contrôle*, *contrarotulum*. Contra vem de oposição, contra + *rotulus*, *rotula*, *registro*. Um livro de registro ou conta, mantido para corrigir ou checar outra conta, ou registro; um *contra registro*. Checar, restringir¹⁴. O mesmo pode ser encontrado no dicionário webster's new international dictionary of the english language, pois *control* indica contra registro, verificação, o ato ou fato de controlar, poder ou autoridade de controlar¹⁵.

⁹ BURTIN-VINHOLES, S. **Dicionário francês-português português-francês**. 38ª ed. São Paulo: Globo, 1999, p. 121.

¹⁰ BÉNAC, Henri. **Dictionnaire des synonymes, conforme au dictionnaire de l'Académie Française**. Paris: Librairie Hachette, 1956, p. 186.

¹¹ DIAZ, Ruy. **Gran Diccionario de sinonimos, antônimos e ideas afines**. Buenos Aires: Editorial Ruy Diaz, p. 101.

¹² COROMINAS, Joan. **Breve diccionario etimologico de la lengua castellana**. Madrid: Editorial Gredos, 1961, p. 165.

¹³ DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. **Il dizionario della lingua italiana**. Firenze: Casa Editrice Felice le Monnier, 1995, p. 483.

¹⁴ THE CENTURY DICTIONARY AND CYCLOPEDIA. A work of universal reference in all departments of knowledge with a new atlas of the world. s.l., 1906, Vol. II, p. 1237.

¹⁵ WEBSTER'S NEW INTERNATIONAL DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE. 2ª ed. Massachusetts: G&C Merriam Company, 1954, Vol. I, p. 580.

Aplicação, pelo novíssimo dicionário latino-português, vem de *applicatio*, *applicationis*, de *applicare*. Ação de apegar uma coisa à outra, *aplicação*. *Applicatio animi*, *dedicação* *afeição*. *Jus applicationis*, direito de *aplicação*; o qual consistia em o cidadão romano herdar os bens do estrangeiro a quem protegia; ou o patrono, os de seu cliente, se um e outro morriam sem testamento¹⁶. Já para o *dicionário etimológico latino-espanhol*, *applicatio* ou *applicationis*, *aplico*, aplicação ou inclinação. Direito de um patrono a herdar do cliente morto, sem fazer testamento¹⁷.

Execução, pelo novíssimo dicionário latino-português, vem de *exsecutio*, *exsecutionis*, que significa acabamento, remate, conclusão, administração, gerência, *cic. Ulp.* Prosseguimento judiciário. *Iuris ordinari exsecutio*. Ulp. Processo ordinário¹⁸. Já para o *dicionário etimológico latino-espanhol*, *exsecutio*, *exsecutionis*, significa acabamento, cumprimento, execução (de sentença), administração, persecução (ante a justiça), exposição, posição, desenvolvimento (de um tema)¹⁹.

As palavras analisadas (controle, aplicação e execução) indicam a função dos fins últimos e fins próximos do Estado. Enquanto que controle indica uma revisão, checagem, contra lista, contra registro, originário, portanto do francês *contrôler*, cuja origem é *contre-roller*, *conteroller*. Aplicação e execução indicam a função de executar; administrar o que a lei determina; perseguir o fim trabalhado pela lei, expor as razões da lei, via sentenças judiciais; é uma espécie de acabamento, de remate, conclusão daquilo que foi idealizado. A função de controle é secundária, é uma checagem da aplicação e da execução. A regra que foi dada pela aplicação será verificada pela contra regra, ou seja, verificação se a norma aplicada está de acordo com a lista de valores insculpada no texto constitucional.

4. Modelos de jurisdição constitucional na Ibero-América

¹⁶ SANTOS SARAIVA, F. R. DOS. **Novíssimo Dicionário Latino-Português**: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc. 11ª ed., Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s.d., p. 91.

¹⁷ SEGURA MUNGUÍA, Santiago. **Dicionário etimológico latino-espanhol**. 1ª ed., Madrid: Ediciones Generales Anaya, 1985, p. 49.

¹⁸ SANTOS SARAIVA, s.d., p. 460.

¹⁹ SEGURA MUNGUÍA, 1985, p. 262.

A ibero-américa adota basicamente três modelos de controle de constitucionalidade das leis. Há aqueles países que seguiram o exemplo norte-americano. Os que seguiram a linha traçada pelo controle concentrado-separado europeu, optando pela adoção de Tribunais Constitucionais e os países que adotaram uma forma intermediária entre o modelo americano e o europeu, denominados na doutrina ibero-americana de modelos mistos, outros fazem referência à justaposição dos modelos, ou ainda dizem que atuam em paralelo.

Há certamente a predominância dos modelos mistos na ibero-américa. A análise doutrinária aponta que Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador e Brasil cumulam, no mesmo sistema jurídico, as técnicas, *difusa-cumulada* com a *concentrada-separada*. Há nestes países elementos do controle de constitucionalidade europeu e norte-americano, atuando de maneira conjunta, intercalada, misturada, justaposta, conjugada. Claro que o aprofundamento da pesquisa em qualquer destes países dará maior preponderância a um ou outro controle. De qualquer modo, eles existem e são aplicados de forma conjunta. Destes nove países somente México, República Dominicana e Brasil não criaram uma Corte Constitucional ou um Tribunal Constitucional.

Oito países filiam-se ao modelo concentrado de constitucionalidade, são eles: Bolívia (Tribunal Constitucional foi criado), Costa Rica, Chile (Tribunal Constitucional foi criado), El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai e Uruguai. Vale recordar que embora estes países não adotem a técnica de controle cumulada-difusa, eles foram influenciados na sua história, cedo ou tarde, pela *judicial review* norte-americana. Apenas a Argentina remanesce integralmente filiada ao controle difuso-descentralizado de constitucionalidade, em que todos os juízes e tribunais podem deixar de aplicar uma lei por entendê-la contrária à Constituição. A Argentina segue fiel em sua história ao modelo dos Estados Unidos, tanto que sua Constituição (1853) remanesce, juntamente com a norte-americana (1787), uma das mais antigas da humanidade.

5. Delimitação dos países

A delimitação dos países foi, talvez, o mais difícil da pesquisa. Tratar de um único país, para exemplificar os modelos mistos, na Ibero-América, seria muito pouco. Tratar todos seria noticiar algo de todos, sem aprofundar, entretanto, nenhum. Sem contar que a extensão do trabalho, com o detalhamento necessário, sairia dos estreitos limites propostos para uma tese de doutorado. Assim, quatro países que adotam modelo de controle de constitucionalidade “*misto*” serão trabalhados nos capítulos componentes da parte segunda, são eles: Peru, México, Venezuela e Colômbia.

Nossa pesquisa não está centrada na história dos modelos de controle de constitucionalidade. A finalidade é, repita-se, criticar a *cumulação* das jurisdições, em geral; a *cumulação* na Ibero-América, em especial. A análise da *cumulação* feita pelos *fins e funções* do Estado não necessitaria esgotar todos os modelos que cumulam, na Ibero-América, a função de controle. A pesquisa de direito comparado deve fazer um recorte destes países, pois impossível analisar todos, com a profundidade necessária. Se o objetivo de nossa tese é mostrar a *cumulação* das jurisdições a amostragem de quatro países já seria suficiente. Arbitrariamente escolhemos o Peru, México, Venezuela e Colômbia.

O *Peru* foi escolhido pela importância histórica, sendo o centro econômico, político e cultural das Américas, no passado. A *Venezuela* e *Colômbia* devem ser analisadas juntas, pois a história foi comum, as instituições foram espécies de vasos comunicantes, sem contar que adotaram o modelo de controle de constitucionalidade *separado-concentrado*, antes do *cumulado-difuso*, e inclusive antes dos europeus. Vangloriam-se por terem adotado o controle concentrado antes que Kelsen idealizasse o Tribunal Constitucional austríaco. Por fim, o modelo *mexicano*, país da América do Norte que não segue a cultura do *Common Law*, bem como possui a peculiaridade de ter iniciado o *recurso de amparo* nas Américas.

6. Terminologia nova aplicada aos modelos

Nossa pesquisa utilizará termos diferentes dos utilizados pela doutrina majoritária para identificar os modelos de controle de constitucionalidade. Comumente trabalha a doutrina com controle concentrado europeu e difuso norte-americano. Preferimos a trabalhar com modelos de jurisdição cumulada e de jurisdição separada, seguindo terminologia do constitucionalista espanhol FERRERES COMELLA.

O sistema pode ser monista ou dualista, centralizado ou descentralizado, cumulado ou separado, difuso ou concentrado, por via de ação direta ou por via de exceção, em abstrato ou em concreto. Fale-se em modelo monista quando todos os juízes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade das leis. Dualista, quando existe uma jurisdição própria, especializada e única a rechaçar a lei quando esta for contrária à Constituição. No modelo *monista* a função de controle aparece *descentralizada* por todos os órgãos componentes do Poder Judiciário. No modelo *dualista* a função de controle aparece *centralizada* em Corte Constitucional.

A função de controle pode ser *cumulada* entre todos os órgãos componentes do Poder Judiciário, ou pode ser *separada* especialmente em Corte Constitucional. No primeiro caso estamos diante do controle difuso, enquanto que no segundo estamos diante do controle concentrado. A lei pode ser atacada *abstratamente*, via *ação direta*, pelos legitimados especiais. Ou pode ser atacada por *via de exceção*, a partir do caso concreto analisado. A decisão prolatada em ação direta, abstratamente, gera efeitos *erga omnes*, enquanto que a decisão por via de exceção, a partir do caso concreto gera efeitos *inter partes*.

Em síntese, esta a terminologia que nos valeremos ao longo do trabalho. A jurisdição cumulada e separada, em nosso entendimento, melhor se ajusta à teoria dos fins e funções do Estado. Aos fins últimos reserva-se a função de controle, separadamente nas mãos dos Tribunais Constitucionais. Enquanto que nos fins próximos veda-se a função de controle aos juízes e tribunais, devendo, os mesmos, aplicarem as leis aos casos concretos, ou melhor: executarem as determinações prévias expressas pelos fins intermediários do legislativo.

7. Importância e Finalidade

O tema é de fundamental importância ao Estado Democrático de Direito. Trabalhar a teoria dos fins e funções já seria uma necessidade, pois a doutrina moderna vem relegando o devotamento necessário ao estudo desta teoria. A pesquisa fica restrita ou aos autores clássicos; ou aos poucos autores modernos. No Brasil, em especial, não se encontra tratados nesta matéria, bem como os manuais dedicam quase nada ao tema. Obras esparsas, coletadas aqui e acolá, tratam de forma colateral do assunto, porém sem o aprofundamento necessário.

De outro lado, não há uma preocupação notável, entre os brasileiros, com o tema da jurisdição constitucional na *ibero-américa*, ainda mais com a cumulação ou separação das jurisdições. Entretanto, notamos que o diálogo entre os países de fala espanhola é frutífero. A história é comum, as instituições dialogam, os países se conhecem. Sabe-se qual a linha do modelo argentino, mexicano, venezuelano, colombiano. Sabe-se das peculiaridades do Tribunal Constitucional da República Dominicana. A impressão que se passa é que o Brasil fica de fora desse diálogo. Está verdadeiramente à margem da discussão. Não há obras brasileiras, em direito comparado, que aprofundem temas de Direito do Estado e de Direito Constitucional na *ibero-américa*.

A importância do nosso trabalho está em mostrar a necessidade de separação da função de controle, da função de aplicação das leis, nos fins últimos e próximos do Estado. Aprofundamos também esta cumulação do controle de constitucionalidade em quatro países ibero-americanos, que misturam técnicas de jurisdição *descentralizada-cumulada* norte-americana e técnicas de jurisdição *centralizada-separada* europeia. Os quatro países cumulam, justapõem, misturam estas técnicas no mesmo sistema constitucional. Este parece ser o caminho institucional equivocado que a *ibero-américa* quer seguir.

8. Plano da exposição

O trabalho, além da introdução e da conclusão, foi dividido em duas partes. A parte primeira tratará da cumulação e separação da função de controle, pela teoria dos fins e funções do Estado. No capítulo primeiro desenvolveremos os níveis de fins do Estado na doutrina clássica, subdividindo-o em nível dos fins últimos, dos fins intermediários e dos fins próximos. No capítulo segundo a teoria do controle e da aplicação da lei, distinguindo, claramente, qual a função desempenhada pelos Tribunais Constitucionais e pelos juízes e tribunais ordinários.

Ainda na parte primeira, no capítulo terceiro aprofunda-se a tese da cumulação e separação das jurisdições na obra de FERRES COMELLA. Não se limitando somente ao modelo deste autor examinamos, ainda, o modelo cumulado na experiência norte-americana, e separado na experiência europeia. No capítulo desdobramos os problemas colaterais à tese central de FERRERES COMELLA, pois suas posições levam a crer uma superioridade de um modelo (norte-americano) sobre outro (europeu). Nossa tese não se furtou ao aprofundamento deste tema, apontando uma visão crítica da obra deste autor.

Antes da conclusão, na parte segunda, trabalhamos o impasse ibero-americano que convive com a justaposição e cumulação de ambos os modelos, em um mesmo país. Assim, no capítulo primeiro da parte segunda, trabalhamos a função cumulada de aplicação e controle das leis na realidade constitucional peruana; no capítulo segundo a função cumulada de aplicação e controle das leis na realidade constitucional mexicana; no capítulo terceiro a função cumulada de aplicação e controle das leis na realidade constitucional venezuelana; e, por fim, a função cumulada de aplicação e controle das leis na realidade constitucional colombiana.

PARTE I – A FUNÇÃO DE CONTROLE E DE EXECUÇÃO NA JURISDIÇÃO CUMULADA E SEPARADA

CAPÍTULO 1º - NÍVEIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO: EXECUÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONTROLE

“Se os fins do Estado são permanentes já o entendimento dado e o relevo atribuído a cada um deles variam conforme as circunstâncias e as concepções”.²⁰

9. Introdução

Fins e funções do Estado são o campo privilegiado pelo qual poderemos enxergar a teoria do *Controle de Constitucionalidade*. Historicamente a unidade política foi sendo organizada, tanto por regras escritas, quanto à luz do direito natural. Sempre foi preocupação do Estado criar um *modus vivendi* pacífico aos seus cidadãos. O conflito faz parte da sociedade e a mesma deve buscar meios para harmonizar estas divergências. Os órgãos componentes dos Estados, verdadeiros poderes políticos, atuam nesta seara, exercendo funções próprias, via decisões judiciais, decretos legislativos e sanções administrativas, com a finalidade de ajustar estas divergências que são naturais aos seres humanos.

Nessa primeira parte, o capítulo primeiro irá tratar exatamente dos fins e funções do Estado. Nossa preocupação é mostrar que existem fins e funções diferentes. A cada fim é entregue, ao menos, uma função, e cada função é exercida por um poder político do Estado. Nossa preocupação centrar-se-á mais no campo jurídico, menos no campo político. Mas pela completude do sistema, pela interdependência das partes, e pelas exigências

²⁰ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. RJ: Forense, 1977, Vol. I. p. 186.

naturais do ordenamento jurídico, teremos que tratar também das funções políticas do Estado.

Para tanto, pesquisaremos os clássicos nesta matéria. Entretanto, nossa busca não quer esgotar todos os autores que escreveram sobre fins e funções do Estado; até porque seria objeto de outra tese. Nossa intenção é valer-nos das contribuições de uma tradição, de uma evolução do pensamento, ou seja, explorar as ideias centrais e mais desenvolvidas sobre o tema dos fins e funções, para em seguida aplicá-las à teoria do *Controle de Constitucionalidade*. Se estivermos certos e nossa tese se sustentar, a conclusão indicará a irracionalidade da fusão dos fins últimos (função de controle das leis) com os fins próximos (função de aplicação das leis).

Esta parte contemplará, portanto, o pensamento de Georg JELLINEK, Marcelo CAETANO, Hans KELSEN, Karl LOEWENSTEIN e SOUZA JUNIOR. Após analisaremos os três níveis de fins do Estado, quais sejam, nível dos fins *últimos*, nível dos fins *intermediários* e nível fins *próximos*. A cada nível de fins alocaremos dois poderes e por via reflexa, duas funções. Este capítulo nos ajudará a entender as razões pelas quais a *função de controle* deve ser separada da *função de execução* da lei.

No capítulo 2º analisaremos só a *função de controle* e a *função de execução* da lei, para em seguida trabalharmos a cumulação e separação das jurisdições no pensamento de FERRERES COMELLA.

10. Fins e funções do Estado

O estudo do *controle de constitucionalidade* que aqui se apresenta parte de uma teoria dos fins do Estado. Toda ação tem por objeto atingir um fim. Mas o fim não se basta em si mesmo, uma vez que necessita de um *órgão* para exercer, o mais perfeitamente possível, as funções que nos conduzirão aos fins previamente deliberados. A idealização do fim, em abstrato, não leva a lugar algum. Estamos inseridos, portanto, num dado momento histórico, em um complexo tecido de redes, contratos e pactos, pelos quais a sociedade busca harmonizar, o mais perfeitamente possível, um *modus vivendi* pacífico, harmônico e coeso.

A finalidade do Estado é o *bem comum* (bem de todos naquilo que todos temos em comum²¹) da *Pólis*. É o que nos diz o *estagirita* na *Ética a Nicômaco*²² e na *Política*²³. A causa final do Estado²⁴ é o *bem comum*, plano abstrato que busca concretizar na vida diária e real das pessoas a *felicidade*. O *bem-viver* depende diretamente do agir em conjunto pela *filia*. O Estado existe para organizar um campo harmônico capaz de propiciar um ambiente sadio ao desenvolvimento do *Ser Humano*²⁵ em todas as suas dimensões. As instituições *jus-políticas* preenchem as lacunas e deficiências da sociedade, orientando comportamentos, limitando as ações e controlando os excessos.

Bons arranjos institucionais, voltados aos fins e funções do Estado, ajudam a constituir este campo de bem viver em conjunto. Assim, pode-se concluir certa precedência da *Política* sobre o *Direito*. Aquela organiza esta. As *leis* conformam comportamentos, organizam e controlam as instituições. As pessoas são influenciadas pelo meio em que vivem, e se há racionalidade na organização dos fins e funções do Estado, os comportamentos desconformes aos fins irão moldando-se à estrutura normativa que limita e vincula as partes. Pode-se dizer que há um papel educacional das instituições do Estado, e não é de hoje que se diz que a lei orienta comportamentos e vincula as partes, ou que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A eleição dos fins não é tarefa fácil. De tal pressuposto depende todo o Direito Público, em geral; e o Direito o Privado, em especial. A doutrina vem trabalhando os fins e as funções do Estado há séculos. Não podemos virar as costas às descobertas passadas, que iluminam o direito presente. Por tal razão, na teoria dos fins e funções do Estado, nos debruçaremos sobre aqueles autores que, de uma forma ou de outra, iluminaram o debate.

²¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre, 2002, p. 29. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª. ed. Brasília: UnB, 2001, Livro I. Tradução de Mario da Gama Kury. Daqui para frente as demais citações da *Ética a Nicômaco* referirão apenas *EN*.

²³ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Claret, 2003, capítulo 1º.

²⁴ DABIN, Jean. **L'Etat ou le politique**. Paris: Dalloz, 1957, *passim*; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Sociedade e Estado. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, N. 15, pp. 43-52.

²⁵ O Ser Humano e suas dimensões aparece em: QUILLES, Ismael. **La Persona Humana**. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1943, *passim*; TEJADA SPÍNOLA, Francisco Elias de. **Introducción al Estudio de la Ontología**. Madrid: Ibarra, 1492, *passim*; Ver ainda, SIERRA BRAVO, Restituto. **La persona humana en el magisterio social de Pio XII**. Madrid: Aguilar, 1960, *passim*. SPAEMANN, Robert. **Personas Acerca de la Distinción Entre “Algo” y “Alguien”**. Navarra: Universidade de Navarra, 2000, *passim*.

De outro lado, é bom dizermos desde já, que nossa preocupação não é com os fins e funções de Estado *em sentido estrito*, mas sim buscar saber em que medida o atual estágio evolutivo desses fins e funções ajudaria a iluminar o tema do controle de constitucionalidade.

Os fins em abstrato são permanentes. Quando contemplados recebem o maior consenso. Porém, é pela concretização que as variações aparecem. As circunstâncias fáticas, acompanhadas pela evolução do tempo, colocam diante do aplicador uma diversidade de opções. Não é errado dizer que do mesmo fim pode-se extrair mais de uma consequência. Não há, da mesma forma, classificação uníssona aos fins e funções do Estado. Pode ser ternária, como desenvolveu MONTESQUIEU²⁶, e aprimorou JELLINEK²⁷. Binária restritiva, como idealizava BURDEAU²⁸. DUGUIT²⁹ manteve as funções *legislativas, administrativas e jurisdicionais*. KELSEN³⁰ inovou na técnica dos fins e funções do Estado, pois além de separar a função *legislação* da função *execução* (jurisdição e administração) ordenou-as em níveis hierárquicos de fins: nível fundamental, primário e secundário. JORGE MIRANDA³¹ retoma a classificação tricotômica, em função política *stricto sensu* legislativa, função administrativa e função jurisdicional³².

Entretanto, para CAETANO as funções do Estado recebem autonomia didática e relevo científico somente com JELLINEK³³. O constitucionalista português, seguindo os caminhos traçados por JELLINEK, aprimora as *funções* estatais dos níveis – *abstrato* e *concreto* –, distinguindo o *campo jurídico* do *campo não-jurídico*. Separou não somente o *nível* abstrato do concreto (*vertical*), como também o *campo* jurídico do *campo não-jurídico* (horizontal). Intuíva ele as funções do Estado e seus desdobramentos em níveis

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, Livro XI, cap. VI.

²⁷ JELLINEK, 1954, especialmente os clássicos capítulos VIII e XVIII.

²⁸ BURDEAU colocava as funções do Estado em dois grupos; função governamental (governamental em sentido estrito e legislativa) e função administrativa (administrativa em sentido estrito, jurisdicional e regulamentar). Há uma semelhança entre BURDEAU e KELSEN, pois ele sustenta um poder uno do Estado, sendo, portanto, tais funções hierarquizadas. BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris: L.G.D.J., 1967-1977, tomo V, pp. 379 e ss.

²⁹ DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1923, Tomo 2, pp. 156 e ss.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. 15. ed. México: [s.n.], 1979.

³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991-1997, Vol. 5, pp. 22 e ss.

³² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. SP: USP, s.d., pp. 140-143. Tese para exame de livre-docência, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³³ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, Vol. I, p. 188.

verticais de fins (abstrato-concreto) e *horizontais* de campos (jurídico e não-jurídico) ³⁴. Tal descoberta seria aprimorada posteriormente por outros autores. Sua contribuição, entretanto, foi inestimável à Teoria do Estado e ao Direito Constitucional.

Karl LOEWENSTEIN³⁵, intérprete de MONTESQUIEU, vai além de CAETANO. Ele classifica os *fins* e as *funções* do Estado pelo tripé que ele denominou de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. A leitura comum que se faz tanto de LOEWENSTEIN, quanto de MONTESQUIEU, é horizontal. Nossa tese verticaliza os fins e as funções pensadas por LOEWENSTEIN, na seguinte fórmula: (1) *policy control* (função última do Estado); (2) *policy determination* (função intermediária do Estado); e (3) *policy execution* (função próxima do Estado)³⁶. Esta leitura vertical que estamos fazendo, será aprimorada logo após a análise do pensamento de JELLINEK, CAETANO e KELSEN, sobre os fins e funções do Estado.

Para encerrarmos este tópico, cabe reafirmarmos que nossa tese não está centrada nas *funções* e *fins* do Estado. Tal análise fez-se necessária tanto para: (1) delimitar a *função* e os *fins* do *Tribunal Constitucional* (controle das leis, em vista dos valores sociais), pois o mesmo aloca-se no topo do ordenamento jurídico e exerce uma função importante dentro do ordenamento jurídico; (2) quanto para delimitar a *função* do *Poder Judiciário Ordinário* (controle da lei com os fatos), pois o mesmo aloca-se na base do ordenamento jurídico e exerce uma função importante dentro do ordenamento jurídico. É pela classificação dos fins e funções do Estado que entenderemos a *função* do juiz constitucional e do juiz ordinário. Entenderemos também a importância de não entregarmos o *controle* lei a quem compete *aplicá-la*; bem como não entregarmos a *aplicação* da lei a quem compete controlá-la.

No capítulo primeiro esboçaremos a teoria dos fins e funções do Estado, obedecendo o seguinte plano: no ponto 10 analisaremos a tese de JELLINEK, especificamente os capítulos VIII e XVIII da Teoria Geral do Estado. No ponto 11 analisaremos os avanços e correções de CAETANO à teoria de JELLINEK. O ponto 12 é reservado à KELSEN. O ponto 13 à LOEWENSTEIN. Os tópicos seguintes farão a

³⁴ CAETANO, 1977, pp. 196 e ss.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, pp. 55 e ss.

³⁶ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 143.

combinação dos conceitos adquiridos do processo histórico de amadurecimento dos *fins* e *funções* do Estado, tendo por base a *morfologia política* de SOUZA JUNIOR, em três etapas, parte 14: fins últimos; parte 15: fins intermediários; parte 16: fins próximos. O ponto 17 e último deste capítulo fará a ligação dos fins do Estado com o controle de constitucionalidade das leis, abrindo espaço à classificação de FERRERES COMELLA e à propositura de uma nova nomenclatura ao controle de constitucionalidade.

11. Georg Jellinek: O nível abstrato e concreto do Estado

JELLINEK nasceu em 16 de junho de 1851, em Heidelberg, e morreu antes de finalizar a *Allgemeine Staatslehre*, no dia 12 de janeiro de 1911, pois seu livro constaria de uma segunda parte: a teoria especial, particular, do Estado (*Besondere Staatslehre*). Sua extensa e profunda obra rende créditos, certamente, à GERBER e à GIERKE. Foi professor nas universidades de *Basiléia* e *Heidelberg*³⁷. Além da *Teoria Geral do Estado* publicou *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*³⁸. Escreveu sobre Estado e Direito, sobre Direito Político, sustentou que a Soberania estava no Estado e não na Nação. O direito, para ele, é um mínimo ético que a Sociedade precisa em cada momento da sua vida para continuar vivendo³⁹. Juntamente com IHERING, foi um dos grandes defensores da *autolimitação do Estado*, ou da força *bilateralmente obrigatória das normas*, vinculando não somente os privados ao mandamento do Direito, mas também o Estado às normas que ele mesmo faz.

A primeira e talvez mais importante observação de JELLINEK sobre os fins e funções do Estado é de cunho *sociológico*. Para o teórico do Estado alemão em qualquer exame que se faça nesta matéria devem ser levadas em consideração tanto a *realidade histórica* da vida do Estado, quanto a *época* em que estas doutrinas foram formuladas. Daí resulta uma *doutrina geral* sobre a matéria, pautada nos caminhos abertos pelos clássicos do passado. É dessa experiência vivida que nos valem para melhorar a teoria do Estado,

³⁷ LOS RIOS, Fernando de. Prologo del Traductor. In: JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, pp. VII-XLIII. Trad. Fernando de Los Rios.

³⁸ JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Milán: Societá Editrice Libreria, 1919.

³⁹ LOS RIOS, 1954, p. XXV.

principalmente nos *fins* do Estado, voltados às *funções* políticas de controle e aplicação das leis⁴⁰.

Partindo dos doutrinadores clássicos na matéria, tais como ARISTÓTELES e MONTESQUIEU, buscando compreender “*tanto la estructura del Estado, cuanto la naturaleza de su ordenación jurídica*”⁴¹ JELLINEK separa as funções do Estado em dois grupos: *materiais* e *formais*. Tal classificação, ao separar as *funções formais* das *materiais* do Estado, acaba por intuir, segundo SOUZA JUNIOR⁴², tanto em um *recorte vertical*, as *funções formais*; quanto em um *recorte horizontal*, as *funções materiais*. A interpretação do pensamento de JELLINEK faz-se necessária, pois sua escrita não aparece de forma uniforme, em capítulo apartado. Ele destina, podemos dizer, um capítulo aos fins; outro às funções. A visão do todo precisa ser construída, o que passamos a fazer.

As *funções formais* obedecem dois modos de manifestação: (1) ou se estabelece *regras abstratas*, que dependem de conformação *concreta* no trato diário da vida real do Estado; (2) ou se *obra* de maneira *imediate* e *direta* diante dos problemas que se colocam ao Estado. Entretanto, JELLINEK reconhece às *normas abstratas* precedência sobre as *ações concretas*, no sentido de que aquelas conformam, limitam e preordenam estas.⁴³ Há um *nível abstrato, normativo e superior* dos fins do Estado, conformador e anterior ao *nível concreto, executivo, inferior e posterior* do Estado⁴⁴. O *modus vivendi* das pessoas passa, necessariamente, por esta *hierarquia de fins* (abstrato e concreto), cada um a sua maneira, superabundante e carente⁴⁵. De nada adianta *fins abstratos*, sem a *concretude* e a *execução* desses fins. Como também só se *executa* o que foi preordenado *abstratamente*. Há uma retroalimentação e um diálogo constante entre os *fins abstratos e concretos* do Estado⁴⁶.

JELLINEK faz outro recorte no tema dos fins e funções do Estado. Distingue ele dois *campos materiais* de atuação do Estado, qual seja, *atividade livre* e *atividade*

⁴⁰ JELLINEK, 1954, pp. 451-2.

⁴¹ Ibid, p. 459.

⁴² SOUZA JUNIOR, s.d., p. 144.

⁴³ JELLINEK, 1954, p. 462.

⁴⁴ CAETANO, 1977, Vol. I, pp. 188-9.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 144.

⁴⁶ JELLINEK, 1954, p. 462.

regrada. Cabendo a cada uma dessas atividades tarefas específicas⁴⁷. Didaticamente podemos subdividir tais tarefas, como o fez SOUZA JUNIOR⁴⁸, em (1) *campo jurídico* (espaço delimitador do *direito positivo*, com todas suas *normas e regras* que orientam a vida concreta das pessoas em todas as suas dimensões) e *campo sociocultural*⁴⁹ (espaço delimitador do *poder do Estado*, mostrando pelos seus atos sua *direção e objetivos*, seu *movimento histórico*, sua *transformação e progresso*)⁵⁰. Note que o *campo jurídico* não pode suplantar o *campo sociocultural*, pois no Estado em que a “*actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable*”⁵¹. (...) *Cuanto más se amplía el círculo de la legislación, tanto más se restringe el de la administración libre*”⁵².

A originalidade de JELLINEK é inquestionável. Dividiu os *fin*s e as *funções* do Estado em *níveis* e *campos*. Nível *normativo e abstrato*; nível *aplicativo e concreto*. *Campo jurídico* delimitador do direito positivo (*atividade regrada*); *campo sociocultural* delimitador do poder do Estado (*atividade livre*)⁵³. Talvez tenha ficado aquém no entrecruzamento dos *níveis* com os *campos*. Se a função *administrativa* estava voltada ao *nível concreto e sociocultural*; a função *legislativa* voltava-se ao *nível abstrato*, aplicado tanto no *âmbito jurídico*, quanto no *âmbito sociocultural*. Para SOUZA JUNIOR poderia JELLINEK ter “*cingido a função legislativa à normação abstrata no campo jurídico e tentado descobrir a função correspondente (por que não a governamental?) para a normação abstrata no campo sociocultural*”.⁵⁴

Uma releitura da obra de JELLINEK poderia intuir um *terceiro nível vertical* de atuação do Estado. Ele deixa – nas entrelinhas de sua obra, e por uma interpretação extensiva do texto – transparecer um nível acima das ideologias, um poder supremo de direção do governo, o órgão mais alto do Estado. Pensa JELLINEK nas democracias parlamentares, representadas pela figura do *Chefe do Estado*. O *outro nível* seria o

⁴⁷ JELLINEK, 1954, p. 467.

⁴⁸ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 144-5.

⁴⁹ CAETANO, 1977, Vol. I. pp. 188-9.

⁵⁰ JELLINEK, 1954, p. 467.

⁵¹ Ibid, p. 467.

⁵² Ibid, p. 470.

⁵³ Ibid, pp. 467-472. Para CAETANO a *atividade vinculada* de JELLINEK traduz o cumprimento de deveres jurídicos, enquanto que a *atividade livre* “é unicamente determinada pelo interesse geral sem que nenhuma regra jurídica a limite. A atividade livre é predominante na legislação; constitui parte muito importante da administração onde toma o nome de *governo*; é diminuta na jurisdição, pois são restritos os poderes discricionários do juiz”. CAETANO, 1977, Vol. I. p. 189.

⁵⁴ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 144-5.

governo, que para ele estava *autônomo* da *administração*⁵⁵. Tal distinção certamente auxiliou a clara tripartição de *níveis de fins* do Estado desenvolvida por SOUZA JUNIOR, em nível dos *fins últimos*, reservados à *Chefia do Estado*; nível dos *fins intermediários*, reservados ao *Governo*; e nível dos *fins próximos*, reservados à *administração*⁵⁶.

12. Marcelo Caetano: Distinção do campo jurídico do não-jurídico

Os caminhos abertos por JELLINEK foram aprimorados por CAETANO. O constitucionalista português trata, em sua obra *Direito Constitucional*, dos *fins e funções* do Estado com a maior minúcia. Pergunta CAETANO, introduzindo o tema: para que é que existe o Estado?⁵⁷ E a resposta é: para oferecer a *segurança*. O Estado sempre esteve preocupado com a *segurança*, bem como pelo modo de mantê-la. A escola alemã do século XX dedicou-se com vagar a este tema, e CAETANO certamente foi influenciado por ela. Dois pensadores alemães destacam-se no tratamento da *segurança*, são eles: IHERING⁵⁸ e JELLINEK. Este último chegava a dizer que a *segurança* era uma questão *metajurídica*. “Mas de que sea satisfactoria la respuesta a esta cuestión, depende la posibilidad de todo Derecho Público, y por consiguiente de todo Derecho en general”.⁵⁹

Para CAETANO, se a *segurança* é defesa externa e paz interior; depende ela de outro elemento, qual seja: a manutenção pelo poder político da *justiça*⁶⁰. A valorização da *segurança*, por meio da *justiça*, é o que permite um espaço de agir em conjunto, dentro do Estado. O poder público, para CAETANO, deve propiciar este espaço de *bem-estar social*, de *bem-viver*. Os seres humanos (individualmente ou coletivamente)

⁵⁵ JELLINEK, 1954, capítulos VIII e XVIII, interpretados de forma integrada.

⁵⁶ SOUZA JUNIOR, s.d., *passim*.

⁵⁷ CAETANO, 1977, Vol. I. p. 181.

⁵⁸ IHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Salvador da Bahia: Progresso, 1950, capítulo destinado à força bilateralmente obrigatória da norma.

⁵⁹ JELLINEK, 1954, no capítulo destinado à *autolimitação do Estado*, p. 275.

⁶⁰ Aqui vale-se da filosofia grega, em especial de ARISTÓTELES, 2001, Livro V. Chega a diferenciar CAETANO, justiça *comutativa* (equivalência dos valores permutados) da justiça *distributiva* (remuneração adequada à sua contribuição para o todo). CAETANO, 1977, Vol. I. p. 184.

ocuparão uma posição na sociedade e realizarão os interesses em prol do *bem comum*⁶¹. Reitera a ideia de que o *Estado* existe para *servir a pessoa* e não a *pessoa para servir o Estado*. Entretanto, o Estado tem a função de agir constantemente na vida concreta das pessoas, e o faz através do exercício das *funções políticas*, almejando *fins* (*justiça, segurança, bem-estar*). Estas *funções*, mesmo sendo permanentes, admitem, para ele, variações conforme as circunstâncias e as concepções das épocas⁶².

Define CAETANO as funções como “*uma atividade específica, complementar das outras atividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado*”.⁶³ Diferencia, e tal técnica não é nova, as *funções* do Estado das *funções* dos diversos *órgãos* e *agentes* do Estado. Diz expressamente: “*uma coisa é a função do Estado e outra a função dum órgão do Estado.*”⁶⁴ Após tal definição, não se furta a uma análise dos autores clássicos sobre os *fins* e *funções* do Estado. Passa por ARISTÓTELES, MONTESQUIEU, DUGUIT, KELSEN, mas para CAETANO “*Só a partir de JELLINEK pode dizer-se que o problema das funções do Estado ganhou autonomia e relevo científicos*”.⁶⁵

CAETANO partiu da concepção de *fins* e *funções* do Estado da *Teoria Geral do Estado* de JELLINEK. Podemos dizer que a tese de JELLINEK foi aperfeiçoada por CAETANO. *Primeiramente* assume que as atividades do Estado nem sempre são em si mesmas jurídicas. Há atividades, portanto, não-jurídicas, como as *funções políticas* e *técnicas* exercidas por *atos materiais*, que até podem influenciar na vida do Direito. O fato é que CAETANO reforça a distinção do *campo jurídico* e do *campo não-jurídico*⁶⁶. Admite, porém, que haja *imbricações*, ou *interpenetrações* entre estes *campos*, pois reduzir o Estado, unicamente às funções jurídicas é projeto falacioso e sem precedentes na história. Até mesmo o Estado liberal, que mais se aproximava desse modelo puro de Direito, contemplava elementos estranhos, vale dizer, elementos *não-jurídicos*⁶⁷.

⁶¹ CAETANO, 1977, Vol. I, pp. 182 e ss.

⁶² Ibid., Vol. I, p. 187.

⁶³ Ibid., Vol. I, p. 187.

⁶⁴ Ibid., Vol. I, p. 187.

⁶⁵ Ibid., Vol. I, p. 188.

⁶⁶ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 145.

⁶⁷ CAETANO, 1977, Vol. I., p. 197.

De outro lado, o *politicismo* exagerado não encontraria guarida na teoria dos *fins* e *funções* do Estado. CAETANO refere a ascendência desse *campo político* sobre o *jurídico* depois da primeira grande guerra. A supervalorização do *campo político* sobre o *jurídico*, relevando apenas a *função política* e *técnica* do Estado, ou a *função governamental* e *administrativa*, também seria falacioso. Nenhum estado se sustenta reduzido unicamente às *funções políticas*. Tal postura diante da realidade do Estado migraria o problema do *Estado-de-Direito* para o *Estado-político-administrativo*, ou sendo mais enfático: do *Estado-liberto-do-Direito*. Tornar-se-ia o *campo jurídico* em um mero instrumento a serviço da realização de objetivos *políticos e administrativos*⁶⁸. Se o *Estado liberal* não se prestou ao *Estado de Direito absoluto*; os *Estados totalitários, fascistas e socialistas*, não se prestaram ao *Estado de Política absoluto*⁶⁹.

O *Estado de Direito puro* e o *Estado político-administrativo puro* são, no fundo, tipos ideias de Estado e nunca encontrarão realização integral. Em verdade, cada vez mais se desenvolvem questões *juspolíticas* e *político-jurídicas*. Cada *campo* (direito e política) possui a sua autonomia; mas faz parte da autonomia, uma forma de interdependência. Os campos não são bastantes si mesmos. Necessitam de complementaridade, de auxílio, reciprocidade. Aliás, quanto mais relevantes forem as questões, mais imbricados estarão os *campos jurídico e político*. Pode-se até dizer que o *jurídico* torna-se *político*; e o *político* torna-se *jurídico*. Ambos, e cada um, tornam-se elemento constitutivo do mesmo problema⁷⁰.

O **campo jurídico** é o espaço legítimo de atuação do Estado no sentido de *criação de normas jurídicas*. São as próprias *leis*, regras gerais e abstratas que estabelecem as condutas sociais, dando *previsibilidade*, buscando a *certeza*, almejando maximizar a *segurança jurídica*. Neste (a) *nível normativo* CAETANO alocou a (a¹) *função legislativa*⁷¹, pois, conforme visto, ínsito ao *poder*, está a *função*⁷². Não esquece, entretanto, do Direito Natural, afastando-se, pois, do *positivismo jurídico radical*. Há,

⁶⁸ CAETANO, 1977, Vol. I., pp. 197-8.

⁶⁹ Ibid., Vol. I. p. 197.

⁷⁰ Ibid., Vol. I, p. 198.

⁷¹ Para CAETANO função legislativa é uma “atividade dos órgãos do Estado que tem por objeto direto e imediato estatuir normas de caráter geral e impessoal inovadoras da Ordem jurídica”. CAETANO, 1977, Vol. I. p. 206.

⁷² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, Capítulo 1º.

para ele, direitos que seriam inerentes à própria *natureza humana; anteriores, posteriores e superiores* ao espaço de agir do Estado⁷³.

Ainda no **campo jurídico**, mas restrito ao (b) *nível concreto*, existe a (b¹) *função executiva*. Se o Estado se limitasse a elaborar *leis abstratas*, sem se preocupar com a *aplicação delas*, restaria à sociedade um Direito *adormecido e ineficaz*. Do que vale uma norma perfeita, pronta e acabada; mas enclausurada apenas nas boas intenções do legislador. Por isto CAETANO preocupou-se com a *função de execução das normas abstratas*, e o fez desmembrando a *função executiva em três partes*⁷⁴: (1) *função executiva judicial* (dar certeza, duração e força executiva às eventuais contendas – cíveis ou criminais – existentes entre os particulares); (2) *função executiva policial-administrativa* (poder de polícia, no sentido de fiscalização, de prevenção à violação da lei) e (3) *função executiva prestacional de serviços públicos* (são *poderes-deveres* incumbidos aos órgãos do Estado destinados a promover o bem comum e a ordem social)⁷⁵.

No campo **não-jurídico**⁷⁶ do (a) *nível normativo* CAETANO colocou a (a¹) *função política* do Estado. Tal função circunscreve-se a todas as atividades que, muito embora possam estar sob a alçada de *normas legais*, não contém em si mesmas a *criação ou a execução do Direito positivo*. A *função política* é “*a atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis*”.⁷⁷ No (b) *nível concreto* CAETANO colocou a (b¹) *função técnica*, verdadeira “*atividade dos agentes do Estado cujo objeto direto e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas de caráter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados*”.⁷⁸

Para terminarmos o pensamento sobre *fins e funções* do Estado de CAETANO resta ainda analisarmos a *interconexão* entre os *campos jurídico e não-jurídico*. Antes

⁷³ CAETANO, 1977, Vol. I. pp. 198-9.

⁷⁴ SOUZA JUNIOR, s.d., *passim*.

⁷⁵ CAETANO, 1977, Vol. I. pp. 207-8.

⁷⁶ Ver a síntese de SOUZA JUNIOR, s.d., p. 146.

⁷⁷ CAETANO, 1977, Vol. I, p. 213.

⁷⁸ *Ibid*, Vol. I. pp. 214-5.

de serem excludentes, são *complementares* e *interdependentes*. A *execução* das leis pressupõe *legislação*. Só se *executa* políticas públicas previamente *deliberadas* e *definidas*. Mas serão raros os casos em que os atos *de uma função* não suponham o *prévio exercício de outra*, ou não careçam de complementação de outra. Política e direito são *campos* complementares, envolventes e envolvidos. Por detrás da legislação estão as opções políticas previamente estabelecidas. O Estado não pode estar totalmente liberto do direito: *politicismo exagerado*; nem totalmente liberto da política: *juridicismo exagerado*. Assim, os *níveis* e os *campos dos fins e funções* do Estado, não são excludentes, mas antes de tudo, complementares⁷⁹.

13. Hans Kelsen: A criação e execução em níveis hierárquicos

Hans KELSEN, precursor do *positivismo jurídico*, não cooperou apenas na idealização teórica do *Tribunal Constitucional*, mas também dos *fins e funções* do Estado. Chegou a ser aluno de JELLINEK, frequentou suas aulas, apreendeu com o mestre⁸⁰. Na sua vida atribulada, foi empurrado pelo destino aos Estados Unidos da América, pois foi aceito como professor em Berkeley, na Califórnia. De lá escreveu lá sua *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra da qual retiramos contribuições inestimáveis aos *fins e funções* do Estado.⁸¹

A originalidade de KELSEN nos *fins e funções* do Estado foi ter enxergado *níveis* ou *graus hierárquicos* no ordenamento jurídico⁸². O pensamento KELSENIANO, mais *lógico* do que *teleológico*, mais de *cima-para-baixo* do que de *baixo-para-cima*, fez com que víssemos os *fins e funções* do Estado por uma nova perspectiva. Para ele as *funções* do Estado seriam *três*. No processo de *criação e execução* das normas jurídicas, dentro do ordenamento jurídico, devem ser considerados *três níveis hierárquicos*: (1) *grau superior* ou *fundamental*; passando pelo (2) *grau primário* ou *legislativo*; chegando ao (3) *grau secundário*, via processo *judicial* ou *administrativo*⁸³.

⁷⁹ CAETANO, 1977, Vol. I, pp. 215-218.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, *passim*.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Textos Universitarios, 1969, parte sobre "La Jerarquia de las Normas". P 146 e ss.

⁸² KELSEN, 1969, pp. 146-158.

⁸³ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 146.

No *grau superior* ou *fundamental*, suposta a existência da *norma fundamental*, aparece, pela via do *poder constituinte*, o *nível mais alto* dentro do direito nacional: a *Constituição do Estado*. Tal Constituição – conjunto de normas jurídicas que formam documento formal e solene do Estado – foi criada tendo por base a *norma fundamental*. Em sentido *material* foi constituída por *normas e preceitos*, que regulam a criação de leis pelos órgãos legislativos, devendo o parlamento, para tanto, observar o procedimento previamente estabelecido pela Constituição⁸⁴. De tal superioridade, ou hierarquia de normas extraem-se conseqüências importantes para o ordenamento jurídico, tais como: *normas constitucionais* e *ordinárias*; *rigidez* e *flexibilidade* das normas; e o que mais nos interessa nesta pesquisa, a função de *controle de constitucionalidade das leis*⁸⁵.

No *grau primário* ou *legislativo*, *nível* imediatamente inferior ao grau hierárquico e superior da Constituição, aparece a *função de elaborar as leis*. O *nível primário* é um meio termo, justo meio, entre o *nível fundamental* (topo da pirâmide) onde busca seu fundamento e o *nível secundário* (base da pirâmide) do qual é fundamento. Assim as *normas gerais* do *direito legislado* possuem para KELSEN uma dupla função: (1) ser *determinado* pelo grau fundamental, especificar quais são os órgãos encarregados da aplicação do direito e qual é o procedimento ao qual deve submeter-se; (2) *delimitar* os atos judiciais e administrativos de tais órgãos no plano concreto⁸⁶. Abre espaço, podemos dizer, para o nível concreto aplicar o direito, via decisões judiciais; ou aplicar as políticas, via decisões administrativas⁸⁷.

O *grau secundário*; via processo *judicial* ou *administrativo*, oriundo das normas gerais criadas pela *legislação*, são verdadeiras normas individuais *aplicadas* pelo nível *concreto*, tanto por *processos judiciais* (sentenças) quanto por *procedimentos administrativos* (resoluções administrativas). Cada umas dessas funções – judicial e

⁸⁴ KELSEN, 1969, parte sobre “La Jerarquia de las Normas”, p. 147.

⁸⁵ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 146. Ver ainda: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, março de 2005. pp. 8-9.

⁸⁶ KELSEN, 1969, parte sobre “La Jerarquia de las Normas”, pp. 151-2.

⁸⁷ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 146. Ver ainda: SOUZA JUNIOR, 2005. pp. 8-9.

administrativa – opera de acordo com o procedimento e conteúdo da norma que a criou⁸⁸. Kelsen exemplifica com o Direito Penal:

usualmente hay una norma general que determina con toda precisión el delito al cual, en un caso concreto, los tribunales deben enlazar una sanción, y señala, también con toda precisión, la sanción misma; de tal manera que el contenido del fallo judicial se encuentra predeterminado en gran medida por una norma genérica⁸⁹.

KELSEN além de ter *flexibilizado*, ou *minimizado* a contraposição entre as clássicas funções – *legislativas* e *executivas* – do Estado, já desenvolvidas desde o século XVIII; cuidou da relação de *dependência* e de *subordinação* existente entre as *normas do ordenamento jurídico*.

A lógica jurídica aparece em duas palavras chaves no pensamento KELSENIANO, são elas: *criação* e *execução*⁹⁰. *Todas* as normas do ordenamento jurídico, exceto a *primeira* e a *última*, são normas de *criação* e de *execução*, ao mesmo tempo. Assim, a norma só é norma porque encontrou fundamento de validade em outra norma. A *norma primeira*, alocada *no todo* do ordenamento jurídico é só *norma de criação da Constituição*, não havendo nenhuma norma anterior a ela, mas apenas o pressuposto hipotético fundamental expresso na seguinte fórmula: *a ordem deve ser obedecida*;⁹¹ Na base da pirâmide, a *execução* de uma norma, a partir de um caso concreto, é a última norma do ordenamento jurídico, nada restando abaixo dela, sendo ato de mera *obediência*, encerrando a cadeia *lógico-dedutiva* do Estado⁹².

Partindo da teoria dos *fins e funções* do Estado, KELSEN acabou enriquecendo a teoria do *ordenamento jurídico*. Em tal teoria, *legislação* e *execução* distinguem-se apenas pela posição que as *leis* e as *normas individuais* ocupam no ordenamento jurídico. E mais, somente pela observância de tal peculiaridade pôde KELSEN, lançar luzes – no primeiro quartel do século XX, baseado na experiência da Constituição de Weimar – sob um direito *hierarquicamente superior* às demais normas do ordenamento jurídico. Desta teoria *hierárquica de fins* nasceria (no primeiro pós-guerra, reforçado no segundo pós-guerra) toda uma técnica de *controle de constitucionalidade* exercida por *Tribunal Constitucional*. Não esqueçamos que a base do Direito Constitucional era o

⁸⁸ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 146. Ver ainda: SOUZA JUNIOR, 2005. pp. 8-9.

⁸⁹ KELSEN, 1969, parte sobre “La Jerarquia de las Normas”. p. 153.

⁹⁰ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 147.

⁹¹ SOUZA JUNIOR, 2005. p. 9.

⁹² KELSEN, 1969, parte sobre “La Jerarquia de las Normas”. p. 156-8.

Derecho Político, Diritto Politico, Droit Politique; o Direito Constitucional de nível fundamental, efetivamente *jurídico*, é criação KELSENIANA, do primeiro pós-guerra⁹³.

KELSEN, partindo dos *fins e funções* do Estado, passando pela teoria das normas de *criação* e de *execução*, reconhecendo a hierarquia das normas e dos fins lógicos-dedutivos do ordenamento jurídico chegou à *técnica do controle de constitucionalidade*. Sua originalidade foi reconhecer um *nível superior e fundamental* ao Estado; nível este que deve ser respeitado pelos demais *níveis subordinados a ele*. A superioridade da Constituição, pressuposto lógico-fundamental, pelo qual as demais normas do ordenamento jurídico encontram fundamento de validade, coroa o sistema. Todas as normas convergem ao topo, em respeito à precedência do Poder Constituinte histórico. Em tal pressuposto repousa a legitimidade do Direito, devendo tal nível ser salvaguardado para a harmonia dos poderes e prevalência da Constituição. A técnica idealizada por KELSEN, a proteção do topo da pirâmide, é o controle de constitucionalidade, pela via do Tribunal Constitucional.

14. Karl Loewenstein: *Policy Determination, Policy Execution e Policy Control*

Noutro quadrante do Direito Constitucional, no último quartel do século XX, aparece outra contribuição aos *fins e funções* do Estado. KARL LOEWENSTEIN, intérprete e seguidor de MONTESQUIEU, meditando sobre o tema, em capítulo sobre a *anatomia do processo governamental*, insere nova nomenclatura aos *fins e funções* do Estado, resumida na forma de *policies: Policy Determination, Policy Execution e Policy Control*⁹⁴. A doutrina sempre fez uma leitura *horizontal* dos poderes políticos de LOEWENSTEIN.

Tal leitura procede, em grande parte, da teoria da *separação dos poderes* de MONTESQUIEU, que de certa forma criou “*mitos*” nesta matéria. Sempre que se fala em *poderes e funções*, cita-se o clássico livro “*O Espírito das Leis*”, invocando-se a autoridade

⁹³ SOUZA JUNIOR, 2005. p. 9. Ver ainda: SOUZA JUNIOR, s.d., p. 147.

⁹⁴ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 41-72.

do famoso Livro XI, Capítulo VI⁹⁵, mais citado do que lido. A partir daí a discussão horizontaliza-se de tal maneira, que qualquer leitura *vertical dos poderes* cai no *ostracismo*, para não dizer no *ridículo*. Destarte, nossa tese propõe uma leitura vertical dos *fins e funções*, buscando com isso aprimorar as funções de *controle e aplicação* das leis. Mas vejamos detalhadamente a teoria de LOEWENSTEIN.

Para LOEWENSTEIN, a *separação de poderes* é o meio pelo qual as *funções* do Estado se manifestam com objetivo de cumprir determinada *tarefa*, determinado *fim*. A separação dos poderes expressa a liberdade dos indivíduos contra o Estado; é a necessidade de distribuir e controlar o poder, tanto na atribuição, quanto no seu exercício. CAETANO, e JELLINEK falavam de *poderes e funções* do Estado, quer dizer, a cada *poder* estava ínsita uma *função*. LOEWENSTEIN, na mesma linha de raciocínio, sustenta que a *separação de poderes* estatais é, em realidade, a distribuição de determinadas *funções*, à diferentes *órgãos* do Estado, objetivando certa *finalidade*⁹⁶.

LOEWENSTEIN menciona a teoria do *liberalismo político*, ou seja, parcela de direitos do Estado que devem ser limitados. Há direitos oponíveis contra o Estado, pressuposto pelo contrato social⁹⁷, verdadeiro *status negativus* de atuação dos poderes do Estado na vida das pessoas, fruto da necessidade de se limitar o poder do monarca absoluto dos séculos XVII e XVIII. A doutrina do *direito divino dos Reis*, desenvolvida no *ancien régime* francês e no protestantismo inglês, apregoava, em síntese, que o Rei tem o direito de reinar pela vontade de Deus, e não pela vontade dos súditos. Restringir seus poderes não era fácil, e o racionalismo liberal idealizava freios e contrapesos, culminando, tal tarefa com o constitucionalismo liberal, tanto pela separação dos poderes, quanto pela separação das funções⁹⁸.

Tal *limitação* dos poderes do Estado não se dava unicamente pela *separação* dos poderes, mas também pela teoria da *representação moderna*. Tal fator, relegado a segundo plano por vários teorizadores dos *fins e funções* do Estado, foi fortemente considerado na *Teoria de la Constitucion* de LOEWENSTEIN. Supõe estar criando uma nova teoria aos

⁹⁵ MONTESQUIEU, 2005. pp. 167 e ss.

⁹⁶ LOEWENSTEIN, 1976, p. 55.

⁹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1984, *passim*.

⁹⁸ LOEWENSTEIN, 1976, p. 55.

fins e funções do Estado, ou estar achando as verdadeiras fontes na matéria⁹⁹. A ideia da *distribuição do poder* está umbilicalmente ligada à *teoria e à prática da representação*. A natureza jurídica da representação repousa no consentimento que os representantes recebem dos representados. Nega que a *teoria da representação* tenha existido na *Antiguidade* e na *Idade Média*; justificando o nascimento real dos fins e funções do Estado, por meio da representação, somente na era moderna¹⁰⁰.

A *teoria da representação* – moderna ou arcaica – estava fundada, para o constitucionalista em questão, nas seculares técnicas representativas que de há muito existiam na Igreja Católica e nas ordens religiosas. Confirmava tal tese pela análise das obras de LEO MOULIN, principalmente *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*; *Le Gouvernement des communautés religieuses comme type de gouvernement mixte* e *Une forme originale du gouvernement des hommes: Le gouvernement des communautés religieuses*¹⁰¹.

Tinha em mente comprovar que a *teoria da representação* foi condição prévia e indispensável à *distribuição do poder político*. O absolutismo monárquico bloqueou momentaneamente – com intuito autoritário – a técnica da representação e da distribuição dos poderes. Somente com a vitória do Parlamento inglês, pela *Glorious Revolution* de 1688/9, que a representação moderna ganhou autonomia, coroando a separação dos poderes, com a independência e autonomia da função legislativa¹⁰².

Após as observações de caráter histórico, LOEWENSTEIN assume postura iconoclasta diante da tradicional subdivisão dos *poderes* do Estado. A teoria dele pretende superar a velha máxima *oitocentista* da separação tripartite em *Legislativo*, *Executivo* e *Judiciário*. Propõe uma nova divisão *tripartite*, expressa na seguinte fórmula: (a) *policy determination* (decisão política conformadora ou fundamental); (b) *policy execution* (a execução da decisão) e (c) *policy control* (o controle político)¹⁰³. O pensamento de

⁹⁹ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 57-8.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰¹ MOULIN, Leo. *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*. **Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle** (N.S.), Nr. 10, (1953); *Le Gouvernement des communautés religieuses comme type de gouvernement mixte*. **Revue française de science politique**, II (1952); *Une forme originale du gouvernement des hommes: Le gouvernement des communautés religieuses*. **Revue internationale du droit compare**, VII (1955). *Apud*. LOEWENSTEIN, 1976, p. 59.

¹⁰² LOEWENSTEIN, 1976, p. 60.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 62.

LOEWENSTEIN ajusta-se mais à *verticalidade* das funções do Estado, do que a *horizontalidade*. Controle, aos fins últimos; determinação, aos fins intermediários e execução, aos fins próximos.

Aliás, há uma prioridade das *funções políticas* na teoria de LOEWENSTEIN, tanto é que ele inicia pelo nível intermediário da pirâmide. Neste campo os *fins* e *funções* do Estado pautam-se pelas (a) *decisões políticas fundamentais* (*policy determination*), ou seja, cabe *determinar, eleger*, entre as várias possibilidades de decisões políticas, aquela que melhor conforma os anseios da sociedade no presente e no futuro. Relacionam-se, dentro das decisões políticas fundamentais, tanto assuntos *internos*, como *externos*, de natureza *política, socioeconômica* e, inclusive, *moral*¹⁰⁴. Após a *determinação* das políticas fundamentais, cabe ao Estado *executá-las*, contenciosamente, via sentenças judiciais; não contenciosamente, via decisões administrativas.

A *decisão* conformadora mais importante das *políticas fundamentais* relaciona-se à *adoção, eleição, determinação* de um *sistema político* sob o qual a sociedade elege viver. A vontade constituinte do povo escolhe, legitimamente, nos regimes democráticos, um sistema político que pode ser uma *monarquia constitucional*, uma *república*, o *presidencialismo*, o *parlamentarismo*, uma *federação*, um estado *unitário*, oscilando em graus de *centralização-descentralização*¹⁰⁵. Entretanto, tais oportunidades de escolha são raras, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, uma vez que plebiscitos visando a modificação do sistema político, bem como consensos nacionais em torno da *reforma política* não atraem o interesse dos políticos, nem estão na pauta diária dos eleitores.

Há, para LOEWENSTEIN, além do *sistema político*, outras *matérias*, em que importaria *decisões políticas fundamentais* referentes aos interesses normais da vida em conjunto que devem ser enfrentados pelo Estado. Assim, dentre as decisões políticas fundamentais tomadas pelo Estado, aparecem aquelas que (1) irão eleger o câmbio livre ou protecionista; (2) a atitude do Estado perante a Igreja; (3) a direção dada à educação (humanista ou técnica); (4) sistema de economia dirigida ou planificada, ou sistema econômico de empresa livre do controle estatal; (5) a relação entre empregadores e

¹⁰⁴ LOEWENSTEIN, 1976, p. 63.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 63.

empregados no processo de produção; (6) a disposição das riquezas naturais; (7) subvenção à economia agrária, entre outras atividades políticas¹⁰⁶.

Mas todas estas *decisões políticas fundamentais* são iniciadas e conformadas por um número restrito de pessoas. *Governo e Parlamento* perfazem esta tarefa por um processo de *discussão*, em que as *opiniões contraditórias*, os *interesses políticos dominantes*, a racionalidade e os mecanismos de pressão política auxiliam na configuração da determinação das *políticas-governamentais-legais*. Frequentemente, tais decisões fundamentais exigem a chancela do eleitorado nacional, via *plebiscito* ou *referendum*, ou via processo eleitoral indireto. Estes mecanismos de representação, por si só, não fazem do eleitorado nacional membros partícipes da decisão *política fundamental*. Fica esta tarefa reservada, em grande parte, à elite ou à oligarquia. Assim, quanto melhor organizarmos o sistema político do Estado Democrático, tanto mais teremos ambiente frutífero à alternância do poder, e por via reflexa, opiniões divergentes nascerão; influenciando, *ceteris paribus*, na *deliberação das decisões políticas fundamentais*¹⁰⁷.

Após a decisão política fundamental ser *tomada, determinada, elegida*, é necessário *executá-la, aplicá-la, colocá-la* em prática. A *(b) execução da decisão política fundamental (Policy Execution)* tomada é aplicada pelo *nível concreto*, pela base da pirâmide. A administração aplica (por funcionários da burocracia estatal) as decisões políticas fundamentais mais quotidianas e normais à vida das pessoas. Tal função é chamada por LOEWENSTEIN como “*executiva*”. Os burocratas da administração verdadeiramente *aplicam, executam*, no caso concreto, a norma legal, que por sua essência é geral e impessoal; mas que pelas mãos do administrador, torna-se específica e pessoal¹⁰⁸.

O século XX legou ao administrador funções nunca antes imaginadas. O crescimento da *burocracia*, da *administração*, o *Welfare State* idealizado pelas Constituições do primeiro pós-guerra, a sociedade de massas, a necessidade de maior intervenção do Estado nas relações privadas em oposição ao Estado Liberal, bem como em oposição ao Estado Absolutista transformaram o *Estado legislativo* em *Estado*

¹⁰⁶ LOEWENSTEIN, 1976, p. 64.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 65-6.

¹⁰⁸ LOEWENSTEIN, 1976, p. 66.

*administrativo*¹⁰⁹. A função *legislativa* do parlamento migrava lente e gradualmente ao *governo* e a seu *staff administrativo*, aproximando, consideravelmente, administradores e administrados. Além do mais, o processo legislativo é moroso, observa critérios materiais e formais na sua elaboração, não conseguindo, a tempo e a hora, atender as demandas dos grupos de pressão, nem as exigências dos governos do dia. O *executivo* tem se valido dessa morosidade e ineficiência do *legislativo*, para assumir, legitimamente tal função, pois cada vez mais se chancela tal prática nos textos constitucionais contemporâneos. Basta ver a Constituição francesa de 1958, as brasileiras de 67 e 88.

O *judiciário* recebeu, tanto quanto o *administrador*, a função de *aplicar as decisões políticas fundamentais*, no plano *concreto*. O que faz o juiz, dentro dos *fins e funções* do Estado, para LOEWENSTEIN, é fundamentalmente *aplicar a decisão política fundamental* tomada pelo legislador, a partir de um caso concreto. É, em verdade, *aplicação*; verdadeira subsunção da norma anterior, e geral; aos fatos posteriores, e específicos¹¹⁰. Acrescente-se, contribuindo à história da separação dos poderes, que a independência dos juízes foi um postulado político, e não funcional engendrado na história inglesa, objetivando quebrar a prerrogativa real e introduzir o Estado de Direito¹¹¹.

Conclui seu pensamento, neste tópico, pela harmonização da *Policy Execution* com a *Policy Determination*. Há um processo circular de articulação destes níveis que pode ser resumido, didaticamente, na seguinte fórmula: (1) o *parlamento* formula, pelas leis, a *decisão política fundamental*; (2) o *governo* participa ativamente na execução destas leis, através da *administração técnica e burocrática*, operada por funcionários públicos; (3) os juízes, a partir de casos concretos, nas relações privadas, resolverão os conflitos de interesses; bem como controlarão a atividade administrativa, vale dizer, verificarão se a atividade administrativa está sendo aplicada de acordo com a lei, ou como preferem os administrativistas modernos, verdadeiro controle dos atos administrativos pelo poder judiciário¹¹².

¹⁰⁹ LOEWENSTEIN, 1976, p. 66.

¹¹⁰ Ibid., p. 67.

¹¹¹ Não esqueçamos o mais citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 16 A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a **separação dos poderes** não tem Constituição.

¹¹² LOEWENSTEIN, 1976, p. 68.

Uma terceira técnica deve ser aplicada aos *fins e funções* do Estado. Na terminologia de LOEWENSTEIN (*c*) o *controle político* (*policy control*) é a terceira função a ser exercida para moderar e limitar o poder político do Estado. Parte do antigo pressuposto de que o homem racional desconfia do poder ilimitado e vai encontrar formas de limitação deste poder. A solução é até certo ponto simples, pois o mecanismo mais eficaz para o controle do poder político consiste na atribuição de diferentes funções estatais aos mais diversos detentores do poder¹¹³. *Dar poder e responsabilidade*, mediante controle, traduz os sábios conselhos dos clássicos: *frenos y contrapesos*, *cheks and balances*, ou como preferia MONTESQUIEU, *le pouvoir arrête le pouvoir*. Em três palavras: controlar é dividir¹¹⁴.

Mas como se exerce tal controle? Só pela divisão? E a resposta de LOEWENSTEIN vincula-se ao tipo de governo; pois de tal pressuposto deriva o modo pelo qual se estabelece o controle entre os diversos detentores do poder. Na formação do constitucionalismo, tal controle dava-se entre *coroa* (governo) e *parlamento*¹¹⁵. Passo subsequente é o *controle popular* e o triunfo do eleitorado na realidade política. A Revolução Francesa e a própria Constituição Francesa de 1793 estabeleceram que o governo deriva sua legitimidade do povo, pelo sufrágio universal, coroando os conselhos de ROUSSEAU sobre a *volonté générale*¹¹⁶. O controle do poder aumenta através dos *mecanismos representativos* e o século XIX amplia cada vez mais o direito ao voto. A vontade do eleitor se faz representada pelos partidos e o controle estende-se ao governo, ao parlamento e ao eleitorado¹¹⁷.

LOEWENSTEIN exemplifica várias formas de controle do poder no direito constitucional contemporâneo, que podem ser divididas em dois grupos, a saber: (1) quando para a *validade do ato político diversos detentores do poder participam ou cooperam à sua realização*, dando como exemplos: (a) a divisão da função legislativa no sistema bicameral; (b) a exigência da confirmação do Senado, para nomeações do Presidente; (c) referendo do gabinete a um ato político do monarca ou do presidente; (d) plebiscito no

¹¹³ LOEWENSTEIN, 1976, p. 68.

¹¹⁴ Ibid., p. 69.

¹¹⁵ Certamente refere-se à Revolução Gloriosa de 1688/9, momento em que o Parlamento ganha autonomia diante do Executivo. Ver SOUZA JUNIOR, 2002b, bipartição dos poderes.

¹¹⁶ LOEWENSTEIN, 1976, p. 69.

¹¹⁷ Ibidem, p. 69.

caso de emenda constitucional¹¹⁸. (2) Quando as *técnicas de controle autônomas, livres e independentes dependem da discricionariedade do aplicador*, dando como exemplos: (1) o voto de não confiança do parlamento ao governo; (2) o direito do governo dissolver o parlamento; (3) o direito do eleitor rejeitar, mediante plebiscito, uma lei do parlamento ou do governo; (4) o veto do presidente às leis do congresso; (5) o controle de constitucionalidade das leis do governo e do parlamento¹¹⁹;

Mas a principal forma de controle político foi criação dos ingleses quando substituíram a *responsabilidade penal* pela *responsabilidade* oriunda de uma *acusação (impeachment)*¹²⁰. Tal responsabilidade política constitui-se, para LOEWENSTEIN, no meio mais eficaz e racional de *controle constitucional*. A técnica de *responsabilização política moderna* evitou o uso da força e da violência, como meio substitutivo de parlamentos e governos corruptos. Agora tanto se pode negar voto de confiança do parlamento ao governo; quanto o governo pode dissolver o parlamento, e o povo, por meio do voto, comparecendo às urnas, decidirá se chancela ou rechaça os cargos parlamentares e governamentais¹²¹.

Termina o capítulo sobre a *anatomia do processo governamental* fazendo referencia à Constituição e a necessidade de reconhecimento de sua *supremacia*. A constituição vem a ser a *pedra fundamental*, de um sistema integral, que norteia o governo *democrático e limitado*, objetivando a *liberdade e a igualdade* entre os cidadãos. A originalidade de LOEWENSTEIN deve-se, em grande parte, pela estruturação de uma nova concepção da separação dos poderes e das funções do Estado, mais vertical do que horizontal, resumida na tríplice e original fórmula das *Policies: Policy Determination, Policy Execution e Policy Control*¹²².

15. Fins Últimos: Valores Supremos do Ordenamento Jurídico

¹¹⁸ LOEWENSTEIN, 1976, p. 70.

¹¹⁹ Ibid., p. 70.

¹²⁰ No referido tema ver o monografista: BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

¹²¹ LOEWENSTEIN, 1976, p. 71.

¹²² Ibidem, p. 72.

JELLINEK¹²³, KELSEN¹²⁴, CAETANO¹²⁵ e LOEWENSTEIN¹²⁶ contribuíram aos *fins e funções* do Estado. Delimitaram dois *campos horizontais*: *jurídico* e *não-jurídico*; e três *campos verticais*: *controle*, *determinação* e *execução*. A cada *campo* e a cada *nível* foi entregue um *poder* e uma *função*. A construção dos autores supracitados carece de didática e de completude. É da combinação dos autores que avançaremos nos fins e funções do Estado. O diálogo entre os níveis *verticais* e *horizontais* carecem de aprofundamento. A *teoria do ordenamento jurídico* exerce esta importante tarefa de articular as *funções*, idealizada pelos *fins*, para que produza o máximo de eficiência na vida concreta das pessoas¹²⁷.

A forma articulada de fins e funções do Estado, tendo em vista a completude do ordenamento jurídico foi desenvolvida por SOUZA JUNIOR. No Estudo da morfologia do Estado elenca *três fins* (últimos, intermediários e próximos), *dois campos* (jurídico e político), *seis poderes* (Chefia do Estado, Tribunal Constitucional, Governo, Parlamento, Administração e Judiciário) e *seis funções* (função moderadora, controladora, governamental, legislativa, administrativa e jurisdicional) ao *Estado Democrático de Direito*. No *campo* dos *fins últimos* do Estado alocam-se os *valores supremos* do ordenamento jurídico. Tal plano – o mais elevado em generalidade e abstração – aloca as funções mais importantes do Estado, os *valores jus-políticos* responsáveis por propiciar uma vida pacífica, harmônica e coesa¹²⁸.

Tal *fim último* protege a visão social sobre o *bem comum*. O ponto de vista, ou a vista que a sociedade dá aos valores supremos deve ser preservada e mantida para bom andamento das instituições. Uma sociedade pacífica, democrática e civilizada compartilha valores mínimos a serem preservados. Qualquer constituição, se bem intencionada for, buscará manter a *ordem*, a *liberdade*, a *segurança*, a *justiça*, o *progresso*, o *bem comum*, a

¹²³ JELLINEK, 1954, especialmente os clássicos capítulos VIII e XVIII.

¹²⁴ KELSEN, 1969, pp. 146-158.

¹²⁵ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio: Forense, 1977, Vol. I. p. 181-218.

¹²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, pp. 41-72.

¹²⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes. In: *Tese para exame de livre-docência*, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. pp. 157 e ss.

¹²⁸ SOUZA JUNIOR, s.d., pp. 157-169.

*dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento*¹²⁹. Estes valores, bem articulados e bem ordenados, por instituições adequadas, propiciam a *concordia política*¹³⁰.

No *campo dos fins últimos* não há espaço às ideologias. É condição de viabilidade da democracia que todos aceitem e respeitem uma neutralidade suprapartidária e supralegal, defensora dos valores perenes da sociedade política. Acima dos partidos, das ideologias, dos interesses passageiros e momentâneos aparecem os valores perenes e perpétuos do bem agir, da amizade, da concordia. Nos *fins últimos* não há direita, centro, nem esquerda; mas sim *bem comum*, bem do todo, valores supremos. Tais funções são ocupadas pelo *Chefe de Estado*, no campo *político*, ao exercer a função *moderadora*, das políticas governamentais e pelo *Tribunal Constitucional*, no campo *jurídico*, ao exercer a função *corretora e controladora* das decisões tomadas pelo parlamento.¹³¹

16. Fins Intermediários: Deliberação das leis e determinação das políticas

O *campo dos fins intermediários*, alocado no meio termo, no justo meio, entre os *fins últimos* e *fins próximos*, trabalha pela articulação natural da vida em sociedade. *Congrega as opiniões, forma maiorias, escuta as ideologias*, aguenta as pressões da coletividade, luta para que os interesses seccionais sejam atendidos¹³². Os *partidos políticos* são os maiores representantes e formadores dessa massa crítica. Oscilam das ideologias mais *liberais* às mais *conservadoras*. Prestam conta diante dos eleitores, que por meio do voto, direto, secreto, universal e periódico, podem cancelar ou reprovar as opções políticas que seus representantes tomam em seu nome¹³³.

¹²⁹ SOUZA JUNIOR, s.d., pp. 157-8.

¹³⁰ Escrevemos em outro lugar sobre Concordia: “A concordia, a amizade cívica, ou *philia* para usar o termo de Estagirita, ganhou contornos diversos no ocidente, partindo da raiz grega (Platão e Aristóteles), passando pelo detalhamento e aprimoramento do pensamento escolástico (Cícero, Tomás de Aquino e Santo Agostinho), chegando à ruptura da modernidade com a tradição do pensamento clássico (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e Hume), encerrando na contemporaneidade (Hegel, Marx, Schmitt e José Antonio Primo de Rivera)” REVERBEL, Carlos E. D. **O Federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: do Advogado, 2012, p. 46. Para um estudo pormenorizado da concordia política, partindo do pensamento clássico, chegando ao pensamento contemporâneo, ver LAMAS, Felix Adolfo. **La Concordia Política**: vínculo unitivo del estado y parte de la justicia concreta. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, capítulos III – VI.

¹³¹ SOUZA JUNIOR, s.d., pp. 157-8, e p. 166.

¹³² Ibidem, p. 160.

¹³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 21 e ss.

Preenche este espaço intermediário os *governos do dia* e as *maiorias parlamentares*. O *Governo* idealiza sua *função política* previamente *deliberada* para ser *executada* pela *administração* – técnica e burocrática – nos fins próximos do Estado; enquanto que o *parlamento congrega esforços* para *formar as maiorias políticas* que *tomarão as decisões* a serem aplicadas por todos, volitiva ou forçadamente, por sentenças judiciais que não passam da execução das decisões tomadas previamente pelo parlamento. O diálogo entre parlamento e governo é necessário. Mecanismo de controle recíproco, de freios e contrapesos deve ser fomentado entre eles. Deixa intuir, o próprio LOEWENSTEIN, que o controle da lei pelo juiz não é o único modo de controle. Há controles *verticais* e *horizontais*. Do governo pelo parlamento e do parlamento pelo governo. Do Governo pela Chefia do Estado. Da administração pelo juiz¹³⁴.

É importante mencionar que o arranjo institucional trabalhado pela doutrina dos *fins e funções* pensa na existência de um modelo perfeito de Estado. As teses colacionadas levantam problemas existentes nas realidades jurídicas contemporâneas, e apontam as soluções. Entretanto, é bom que se diga que, *em abstrato*, estas teses solucionam os problemas e apontam uma direção mais racional ao problema; mas *em concreto*, a reforma política necessária, que ajustaria as distorções existentes nos *fins e funções* do Estado, não é tarefa fácil. Elas, em verdade, dependem dos governos e das elites, que inclusive se beneficiam do *modus operandi* do sistema político atual.

No campo dos *fins intermediários* do Estado brasileiro, por exemplo, fala-se na função *deliberativa do parlamento*. Desconsidera-se, entretanto, que a proliferação de partidos engessa a boa deliberação. Se olharmos o *sítio* do *Tribunal Superior Eleitoral* veremos que no Brasil existem mais de *vinte e cinco partidos políticos*¹³⁵, partidos estes que, em verdade, representam interesses *seccionais* e momentâneos de grandes *grupos de pressão*. A representação política no Brasil é mais de *interesses*; menos de *ideologias*. Os governos não formam maioria, pois o multipartidarismo exige que esta maioria seja comprada, negociada. Os governos não se sentem responsáveis perante a

¹³⁴ SOUZA JUNIOR, s.d., pp. 159-160.

¹³⁵ Anexo a lista deles aqui: DEM, PCB, PCdoB, PCO, PMN, PR, PSDB, PDT, PMDB, PT, PHS, PPS, PP, PPL, PRTB, PRB, PRP, PSC, PSDC, PSD, PSL, PSOL, PSB, PSTU, PTB, PTC, PTdoB, PTN, PV. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos> acessado em: 08 de dezembro de 2011.

maioria do parlamento. Não há um órgão suprapartidário, capaz de controlar os abusos do governo, bem como destituí-lo.

A função *legislativa* e *governativa* neste cenário jus-político fica flexibilizada. Governos sem responsabilidade perante a maioria do parlamento. Parlamentos que não representam *ideologias*, mas *interesses* de grupos e corporações. Maiorias que não se formam naturalmente da representatividade das ideologias políticas, mas que negociam cargos e privilégios dentro do *staff governamental*. A revista Veja, recentemente, publicou reportagem sobre o exagero de *cargos de confiança* existentes no Brasil. Enquanto que na Inglaterra existem 300; na Alemanha existem 500; no Chile existem 600, na França 4000; nos Estados Unidos da América existem 8000; o Brasil, alcança a cifra de 23.579. O loteamento desses cargos públicos pelo Chefe do Executivo é o meio de se conseguir *governabilidade*. Este é o meio que o governo usa para conseguir apoio político¹³⁶.

Os *fins intermediários* não são superiores aos demais *fins (últimos e próximos)*. Entretanto, o *nível intermediário* inicia o processo de diálogo entre a base e o topo da pirâmide. *Aplica-se* o que foi *deliberado* previamente. *Controla-se*, o que foi *aplicado* e previamente *deliberado*. Assim, a porta de entrada dos *fins* e *funções* do Estado começa pelos *fins intermediários*. De outro lado, não podemos negar que a *deliberação*, passa, necessariamente, pela *contemplação* em abstrato dos valores jus-políticos da sociedade. Mas os *valores supremos* do ordenamento jurídico são construídos pela base do sistema. Com isso se quer dizer que os *fins próximos constroem os valores*. Há, na verdade, um processo dialogal entre os *níveis de fins* do Estado, que na linha do que sustentou LOEWENSTEIN, inicia-se pela *deliberação* das *leis* e pela *determinação* das políticas públicas.

Ainda no *campo* dos *fins intermediários*, caberia uma última pergunta. A *função governativa* é anterior ou posterior à *função legislativa*? Nossa tese, no campo dos *fins intermediários*, priorizaria antes de tudo a *função legislativa*, do que a *função governativa*. Para nós, a lei *deliberada* pelo parlamento é o motor propulsor de todo o funcionamento do Estado. IHERING¹³⁷, por exemplo, não colocava limites ao poder do

¹³⁶ Veja, São Paulo: Abril, edição 2244, ano 44, n° 47, 23 nov. 2011.

¹³⁷ JHERING, 1950, capítulo destinado à força bilateralmente obrigatória da norma.

legislador, pois a operacionalidade do sistema dependia das leis que ele fizesse. Estas leis vinculavam tanto o particular, quanto o Estado. O único limite que possuía o legislador era o dever moral da sua função. A *função legislativa* na teoria dos *fins e funções* do Estado adquire tamanha importância, que as demais funções do Estado, se a ela não se subordinam, sobre ela se debruçam.

Assim, a frase da *epígrafe* do livro de João Camilo de Oliveira Torres (*A formação do federalismo no Brasil*), citando Frei Amador Arrais, expressa, com exatidão, umas das *funções* mais relevantes do Estado, qual seja, a de *legislar* com prudência e temperança, pois “*Há Reis que ordenam multidão de leis, das quais se não colhe outro fruto, senão viverem os bons em cerco, que não hão mister leis, e os maus terem mais leis que desprezar. Isto é atar as mãos aos bons, e soltá-las aos maus*”¹³⁸. O excesso legislativo operacionalizaria todo o sistema de *fins e funções* posteriores a ele. Os demais poderes políticos do Estado agem segundo a lei, e a função intermediária *legislativa*, portanto, tem o direito legítimo de deliberar não legislar. Mais mal que ausência de lei, seria o excesso de leis absurdas.

17. Fins Próximos: execução das leis e aplicação das políticas públicas

As *funções de governo* e as *funções legislativas* são conformadas e aplicadas nos fins próximos e imediatos do Estado. Tudo que for deliberado e previamente definido nos fins intermediários precisam de aplicação concreta. De nada adianta deliberar políticas públicas e elaborar leis perfeitas, se não houvesse um campo próprio para aplicá-las. Há um diálogo entre os *fins intermediários* e os *fins próximos*. Ambos e cada um dos *níveis* são interdependentes. É da *aplicação* que saberei se a política de governo é boa. É a partir da aplicação das leis anteriores, aos fatos posteriores, que poderei saber se a lei é completa e contempla todos os casos¹³⁹.

¹³⁸ OLIVEIRA TORRES, João Camilo. *A Formação do Federalismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 5.

¹³⁹ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 159.

De um lado, o *nível concreto* da aplicação contempla nas *funções administrativas* todas as demandas públicas da sociedade. Cabe a este nível dar respostas aos problemas existenciais da vida em conjunto. *Decidir, aplicar, contrariar interesses, resolver a contenda, conceder o benefício, proceder a licitação, o concurso, nomear o aprovado, cancelar e carimbar* atos que precisem do aval público, usar o poder de coerção, suspender direitos. É, em síntese, o domínio das prestações administrativas, que modernamente ganham a alcunha de serviços públicos, propriamente dito¹⁴⁰.

De outro lado, o *nível concreto* da aplicação contempla na *função judicial* todas as demandas jurídicas da sociedade. A inconformidade da lei aplicada pela administração, ou mesmo entre os particulares é solucionada pelo *Poder Judiciário ordinário* em conflitos e contendas, respeitando o devido processo, a ampla defesa e o contraditório. A lei deliberada pelo parlamento, no caso concreto, em contenda judicial, é conformada ao justo, solucionando os conflitos sociais a luz dos ditames previamente estabelecidos pelo legislador. Aplicar leis aos fatos, e verificar se os fatos se ajustam às leis, pelo processo de subsunção, tendo por base a equidade e a razoabilidade, é a *função* primordial atribuída ao *Poder Judiciário*¹⁴¹.

Exige-se da administração e do juiz técnica. Conhecimento da matéria. As decisões tanto do juiz, quanto do administrador dará previsibilidade, certeza, duração, força executiva aos anseios e desejos da sociedade. Estas funções *político-jurídicas* devem gozar de imparcialidade, bem como competência *técnico-funcional*. O *administrado* – ainda mais em países de bem estar social – deposita no *administrador da política*, e no *administrador da justiça*, uma grande expectativa. Espera da administração pública fidelidade, confiança, respeito, celeridade, previsibilidade. Por isto que os fins próximos adquirem tanta importância no ordenamento jurídico, pois são eles que verdadeiramente mexem, tocam, mudam, *in concreto*, a vida das pessoas.

O *juiz* e o *administrador*, no *plano concreto* dos *fins* e *funções* do Estado, ao exercerem suas tarefas podem prestar um grande serviço à comunidade. Uma péssima política *deliberada* pelo governo pode se transformar, nas mãos de um bom administrador, quando da sua *execução*, numa excelente *política-administrativa*. Da mesma forma que

¹⁴⁰ SOUZA JUNIOR, s.d., p. 159.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 159.

uma *lei errônea*, mal formulada nos seus *fins e intenções*, pode, a partir do caso concreto e pela discricionariedade (*equidade*) do juiz adaptar-se muito bem à realidade das partes, e fazer uma boa justiça. Há uma ampla margem de discricionariedade, pautada pela *equidade*¹⁴², à disposição dos *fins concretos* do Estado. Não é porque a *lei* em si é ruim, ou a *política* de governo é ruim, que as decisões *jus-políticas* do plano concreto devem ser ruins.

O bom *juiz* e o bom *administrador*, imbuídos do espírito público e guiados pela consciência possuem o dever de melhorar as *normas* e as *políticas de governo*. O ordenamento jurídico, entretanto, não pode ser palco para *concreções* puramente *ideológicas* dos *executores* da *jurisdição* e da *administração*. Dentro do processo de diálogo dos níveis de *fins* do Estado é importante reconhecer que tanto as *leis*, quanto as *políticas de governo* não são bastantes em si mesmas. Abroham os exemplos em que as *intenções* legislativas são as melhores; as *políticas de governo* são as mais perfeitas; a arquitetura política não mereceria, em abstrato, qualquer correção ou pequeno ajuste, contudo, quando colocadas em execução, demonstram os efeitos deletérios sequer imaginados pelo legislador nos *fins intermediários*¹⁴³.

18. A teoria do ordenamento jurídico: o controle cumulado e separado

Os fins e funções do Estado foram trabalhados em *três níveis* hierárquicos e interdependentes. Nos fins últimos do Estado, o (a) *Tribunal Constitucional* e a (b) *Chefia do Estado* exercem as funções (a¹) *controladoras* e (b¹) *moderadoras*. Nos fins intermediários o (c) *Parlamento* e o (d) *Governo* exercem as funções (c¹) *legislativa* e (d¹) *governativa*. Nos fins próximos o (e) *juiz* e o (f) *administrador* exercem as funções (e¹) *jurisdicional* e (f¹) *administrativa*. A cada *poder* foi atribuída uma *função*. Elas se articulam e se completam do topo à base e da base ao topo. A teoria do ordenamento jurídico coloca em conjunto os *níveis de fins* do Estado. Assim a *função* de aplicação das

¹⁴² A *equidade* do juiz ordinário foi trabalhada no próximo capítulo, ao qual remetemos o leitor.

¹⁴³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Aulas de Teoria do Direito Público do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: 2º semestre de 2011.

leis aos casos concretos e a *função* de *controle* da lei aplicada serão trabalhadas com aprofundamento nos capítulos segundo, terceiro e quarto. A teoria do ordenamento jurídico é o campo privilegiado para enxergarmos esse processo dialógico entre os fins e funções do Estado.

Analisados os *fins* e *funções* do Estado em seus *três níveis* interdependentes e complementares; nosso próximo passo será explorar a *função* dos *fins próximos* (função *aplicativa* do juiz) e a *função* dos *fins últimos* (função *controladora* do Tribunal Constitucional) através da *teoria do ordenamento jurídico*. Nosso objetivo ao partir dessa análise de fins e funções é demonstrar a verdadeira natureza do *controle de constitucionalidade* das leis. A questão cerne do trabalho está em definir a *funcionalidade* da fusão do fim último (*controle*) com o fim próximo (*jurisdição*). Saber se o juiz ordinário pode exercer controle de constitucionalidade, bem como se Tribunal Constitucional pode aplicar leis a fatos. Tais funções se imiscuem na prática do Poder Judiciário como um todo. Há, contudo, países que *separam* a *função de controle* da *função de aplicação*. Há países que cumulam estas funções. Há critérios intermediários, entre cumulação e separação. Adiantamos; o *nível* dos *fins últimos* deve *adequar* as leis, aos valores sociais, *controlando-as*; o *nível* dos *fins próximos* deve *aplicar* as leis, aos fatos sociais, valendo-se da *discricionariedade* e da *equidade* do juiz, *executando-as*¹⁴⁴.

Para BOBBIO *ordenamento jurídico* e *direito* são sinônimos. As normas jurídicas não aparecem isoladas, mas relacionadas, interconectadas. Mesmo que no passado fosse tratada isoladamente é chegado o momento, na metáfora de BOBBIO, de observarmos a *floresta*, ao invés da *árvore*¹⁴⁵. O ordenamento jurídico é um só, e mesmo que haja uma separação dos *fins* e *funções* do Estado, tal separação é meramente formal. BOBBIO, na obra *teoria do ordenamento jurídico*, considerava elementos essenciais às normas do Estado a *unidade*, a *coerência* e a *completude*. Esta era a forma coesa que ele relacionava o direito. Todos estes elementos compunham um *sistema jurídico*¹⁴⁶. Nosso ordenamento – *coerente*, *completo* e *uno* – dos *níveis de fins* do Estado vai ajustar as funções jurídicas de *controle*, com as funções jurídicas de *aplicação* das leis.

¹⁴⁴ SOUZA JUNIOR, 2011. Ver ainda: REVERBEL, Carlos E. D. Considerações Finais. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos E. D., (Coords.). **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal**: reflexões e alternativas. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999, p. 20.

¹⁴⁶ Ibidem, *passim*.

A teoria do *ordenamento jurídico*, entretanto, admite construções diversas. Não há um modelo *puro*, pronto e acabado de costura das normas jurídicas aplicáveis a todas as realidades. O *direito comparado*, aliás, sem muito esforço, bem comprova isto. Nossa tese, entretanto, busca encontrar um *modelo ajustável* às *realidades jurídicas* mais *diversas*. Pautados em elementos *metafísicos* componentes do Estado, e na própria racionalidade humana, proporemos, com os ajustes e as ponderações necessárias, uma teoria do *controle de constitucionalidade*, pelos *fins* e *funções* do Estado, que melhor se ajusta aos anseios sociais, levando-se em consideração, é claro, o atual amadurecimento das instituições jus-políticas do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a pergunta central ao *controle de constitucionalidade*, levando-se em conta a teoria dos *fins* e *funções* do Estado, ajustáveis à *teoria do ordenamento jurídico*, deve ser postas nos seguintes termos: “Considerando a operacionalidade das Jurisdições (Ordinária e Constitucional): é funcional ao Estado Democrático de Direito fusionar a primeira (que cuida das *relações fatos-lei*) com a segunda (que cuida das *relações leis-Constituição*)?¹⁴⁷” A resposta a esta pergunta passa, necessariamente, pela *separação* ou *cumulação* das *funções* de *controle* e *aplicação* das leis. Controle *concentrado* em Tribunal Constitucional, sendo ele o único órgão responsável por rechaçar *leis inconstitucionais*; ou controle de constitucionalidade *cumulado* tanto na *Jurisdição Ordinária*, quanto no *Tribunal Constitucional*, momento em que todos os órgãos do Poder Judiciário, da cúpula à base, possuem o poder de rechaço das leis.

O capítulo 2º examinará detalhadamente a relação das jurisdições *ordinária e constitucional*. Sustentando a necessidade de separação delas, reservando-se unicamente ao Tribunal Constitucional a *função de controle*, e aos juízes e tribunais ordinários a *função de aplicação das leis aos fatos*. Tal prática contemplaria, em nosso entendimento, o bom *ordenamento jurídico*, com *unidade coesão e completude*. A aplicação deste modelo nos países *Ibero-Americanos* será objeto de análise da parte segunda de nossa tesa. Entretanto, adiantamos que a *Ibero-América*, não em sua totalidade, mas em sua grande parte, opta por

¹⁴⁷ Tal questionamento fizemos em mesa redonda. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos E. D., (Coords.). **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal**: reflexões e alternativas. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009, pp. 27 e ss.

modelos cumulados, ou seja, juízes ordinários e tribunais constitucionais cumulam a função de rechaço das leis contrárias aos valores da constituição.

CAPÍTULO 2º - POLICY CONTROL E POLICY EXECUTION: CONTROLE CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO ORDINÁRIA

La Constitución era aplicable sólo por el Tribunal Constitucional; los jueces ordinarios no aplicaban la Constitución sino la ley. El sistema se basaba en dos jurisdicciones separadas, la de constitucionalidad y la de legalidad¹⁴⁸.

19. Introdução

Este capítulo 2º pressupõe a teoria dos fins e funções do Estado. Assim, a função de *controle* alocada nos *fins últimos* e a função de *execução* alocada nos *fins próximos* será nosso próximo passo na pesquisa. Delimitaremos, cada vez mais, o *campo jurídico das funções* do Estado, aprofundando a relação entre o topo e a base da pirâmide. As expressões “*Policies Control e Execution*” extraímos da obra de *Loewenstein* e aplicamos aos fins *últimos* e *próximos* do Estado. Assim, caberia ao *Tribunal Constitucional* a função de *controle*; enquanto que ao *juiz ordinário*, a função de *execução* das leis.

Outro ponto a aprofundar, ainda neste capítulo, refere-se à *aplicação das leis* aos *factos*. Aliás, busca saber como o juiz faz este processo de subsunção da lei geral, ao fato específico. De outro lado, busca-se também delimitar a *função* do Tribunal Constitucional no *controle da lei* à luz dos *valores da Constituição*. Há uma lógica no processo de interpretação das leis: primeiro aplico a lei, para depois controlá-la à luz da constituição. *Controlar* o que não foi aplicado é, em certo sentido, agir *contra legem*. O *justo* e o *equitativo* – na teoria ARISTOTÉLICA – nos ajudará a compreender melhor a *função do juiz*; bem como a *teoria dos princípios* – pelos ensinamentos de MAXIMILIANO – iluminarão a *função de controle* dos Tribunais Constitucionais.

¹⁴⁸ ARAGÓN REYES, 1998, p. 166.

Ainda neste capítulo introduziremos a teoria dos controles *cumulados* e *separados* na terminologia de FERRERES COMELLA. O *controle de constitucionalidade* pode ser aplicado por todos os juízes do ordenamento jurídico (*cumuladamente*), ou unicamente pelo Tribunal Constitucional (*separadamente*). O *controle cumulado* remonta ao clássico modelo “*difuso*” norte-americano, ao passo que o *controle separado* remonta ao clássico modelo “*concentrado*” europeu. Referiremos daqui para frente, por critérios metodológicos, duas *terminologias* que estamos querendo cunhar aos modelos de *controle de constitucionalidade norte-americano* e *europeu*, quais sejam, (1) modelo de controle de constitucionalidade norte-americano de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*; e (2) modelo de controle de constitucionalidade europeu de estrutura *separada-centralizada-dualista*.

Finalizamos este capítulo com a introdução dos “*modelos mistos*”. A doutrina apresenta divergências nessa matéria. Há os adeptos da *inexistência* de *modelos mistos*, os adeptos da *existência* de *modelos mistos*. Há quem sustente a existência de quatro modelos de controle de constitucionalidade (difuso, concentrado, misto e o da justaposição dos dois primeiros). Nosso objetivo não será comprovar ou refutar a tese referente aos modelos mistos, mas perquirir, pelos fins e funções do Estado, a cumulação ou separação das jurisdições.

Não ficaremos presos aos nomes. Até porque há várias formas de se sustentar o que seja *misto*, tais como o que não é *puro*, o que não é *totalmente puro*, o que é *relativamente impuro*. Haveria graus de pureza e impureza dos *modelos mistos*? O critério *puro* seria o que concentra o rechaço da lei no Tribunal Constitucional? O sistema norte-americano, como não concentra a função de rechaço da lei em uma Corte Suprema, não seria um modelo puro? Mas de outro lado é um dos modelos a ser seguido, e, portanto, implicaria em um modelo puro? A pureza está relacionada ao órgão de controle? A pureza está relacionada às *técnicas* de controle? A pureza está relacionada às *funções* de controle? A resposta a estas questões demandaria outra tese, o que não é o nosso foco. Aprofundaremos, portanto, os *fins* e *funções* do Estado no *campo jurídico*.

20. Policy Control e a Jurisdição Constitucional

Os *fins e funções* do Estado descortinam o cenário sob o qual o *Poder Judiciário Ordinário* e o *Tribunal Constitucional* operam. Desenvolver, como fizemos, a teoria sobre fins e funções é essencial ao tema do *controle de constitucionalidade*. A função do Tribunal Constitucional (controle da lei) é distinta da função do juiz ordinário (aplicação da lei). A própria instituição e criação do Tribunal Constitucional, como órgão autônomo do judiciário¹⁴⁹, já comprova isto. A *função de controle* deve ser separada da *função de execução*. Nosso trabalho será distinguir com clareza o campo de atuação do Tribunal Constitucional e dos juízes e tribunais ordinários. É hora de examiná-los.

É da hierarquia das normas que sobressai a Supremacia da Constituição, vale dizer, um espaço *superior e ordenador* dos demais campos do direito. A Constituição abriga os *princípios* e os *valores* mais importantes do ordenamento jurídico. Verdadeiro corpo de regras que definem a *Organização Fundamental do Estado*. Esses valores inseridos na Constituição são oponíveis *contra* o Estado, no século XVIII e XIX; passam, entretanto, no século XX, a serem exigidos positivamente pelas mãos do Estado. No campo dos *fins últimos* alocar-se-iam leis *anteriores e superiores* ao próprio Estado. Tal *superioridade e vinculação* ao campo dos fins últimos da Constituição é fenômeno contemporâneo; mas não esqueçamos que o Estado de Direito vinculava-se, até pouco tempo atrás, ao Princípio da Legalidade, e só recentemente passou a vincular-se ao Princípio da Constitucionalidade.¹⁵⁰

É que a ideia de *Constituição* remonta à Antiguidade. Há, entre as leis, aquelas que organizam os próprios *órgãos*, que regulamentam o funcionamento do poder, da sociedade, vale dizer, constituem a *Organização Política Fundamental*. Tais leis procedem da *racionalidade* e da inteligência humana, que *pari passu* são capazes de interferir no processo histórico e natural da terra. As leis superiores procedem não somente da *antiguidade*, mas ainda dos *pactos, forais, cartas de franquia, leis fundamentais do reino*,

¹⁴⁹ O Tribunal Constitucional como órgão apartado do Poder Judiciário, exercendo função de controle foi sustentado por SOUZA JUNIOR, 2002b, pp. 103 e ss. Tal tese é sustentada por outros constitucionalistas, por todos ver PÉREZ ROYO, principalmente por afirmar que “(...) el control de constitucionalidade de la ley como una función constitucional distinta de las tres tradicionales y que crea un órgano específico encargado de esta tarea, que no pertenece orgánicamente a ninguno de los tres poderes del Estado.” PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 162.

¹⁵⁰ ARAGÓN REYES, 1998, p. 165.

*contratos de colonização*¹⁵¹. Só modernamente, como instrumento de limitação do poder dos monarcas absolutos, expressas pelo liberalismo clássico, que o Constitucionalismo aparece racionalizado em texto escrito. A limitação do poder e o reconhecimento de Direitos Fundamentais, como pilares de sustentação do Constitucionalismo são inseridos, inclusive, no texto da Declaração de 1789.

Certo que o *constitucionalismo* nascente do século XVIII adotava “conceito polêmico de Constituição”¹⁵², visto que a *Organização Fundamental do Estado* ficava atrelada ao liberalismo, ou seja, *separação dos poderes* e reconhecimento de *direitos fundamentais*. O Estado era, podemos dizer, um mal necessário. Não se vivia para o Estado; pelo Estado, mas apesar do Estado. Fato é que imperaram, cada vez mais, *regimes constitucionais* limitadores do poder do Estado. Os Estados europeus estabeleceram, um a um, governos moderados nos poderes e nas ações. Nas Américas, juntamente com as declarações de independência, implantaram-se Constituições escritas. O rompimento da metrópole com a colônia impôs a adoção de Constituições escritas. Elas, na verdade, chancelavam o que tacitamente já haviam feito. Escrever isto em texto normativo era recomendável.

Estes valores fundamentais alocados na Constituição precisavam, entretanto, de proteção. O século XX já havia transmudado os direitos oponíveis *contra o Estado*, para direitos *exigíveis do Estado*. A Constituição assentando os *valores supremos do ordenamento jurídico* precisava de proteção efetiva contra desvios legislativos e momentâneos de governos que quisessem ser antidemocráticos. A solução para a segurança desejada vinha pela técnica do controle da constitucionalidade das leis. A partir de então, passou-se a *concentrar* no Tribunal Constitucional a função de *controle das leis* à luz dos valores da Constituição. Todo excesso legislativo poderá ser contestado, legitimamente, perante a Constituição. Daí sua superioridade e supremacia, ocupando lugar privilegiado no ordenamento jurídico dos fins e funções do Estado.

A *função de controle de constitucionalidade* exercida pelo *Tribunal Constitucional* pauta-se, no campo dos *fins últimos* do Estado, nos *valores* e nos *princípios* que ela mesma

¹⁵¹ Tal desenvolvimento do Constitucionalismo na História aparece em diversos livros. Por todos, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 3-9.

¹⁵² *Ibidem*, p. 7.

erige como primordiais. Enquanto que os *juízes ordinários* atuam por regras, vinculados às normatizações deliberadas pelos *fins intermediários*; os *fins últimos* controlam se estas regras aplicadas concretamente estão de acordo com os valores da Constituição. Se o juiz ordinário trabalha por *equidade* e dispõe de uma ampla *margem de apreciação*, o juiz constitucional atua por *princípio*, e, em regra, não enxerga o direito da parte, mas o Direito como um todo. A função de controle liga-se à *validade* da lei, enquanto que a execução liga-se à eficácia dela aos problemas colocados pelas partes. ARAGON REYES corrobora nossas considerações. Para o Constitucionalista espanhol, a aplicação e o controle são funções diferentes e devem ser executadas por órgãos distintos. Ele mesmo refere, um *aplica*, o outro *controla*¹⁵³. Os *valores* inseridos na constituição buscam maior *permanência* e *durabilidade*, enquanto que as leis são *maleáveis* e adaptáveis à realidade concreta da vida¹⁵⁴.

Os valores alocados na constituição não são, entretanto, *imutáveis*. Aspiram uma convivência *harmônica*, *prudente* e *coesa*. ZAGREBELSKY falava em desenvolvimento conjunto dos *princípios*, que nada mais eram que “*soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias*”¹⁵⁵. O *Tribunal Constitucional* exercerá esta harmonização, conservando e avançando na interpretação do Direito. Poderá rever – ao controlar a constitucionalidade das leis – suas vetustas posições, indicando, sinalizando, sua condescendência ou contrariedade à lei passada pelo parlamento. Caso decida pela inconstitucionalidade o parlamento entenderá que os valores constitucionais destoam da sua opção política, ao passo que se o Tribunal Constitucional cancelar a opção legislativa indicará a concordância entre os valores da Constituição e as leis do parlamento. Este diálogo entre os níveis de *funções* do Estado é constante e necessário. *Aplicador* e *controlador*, cada um a sua maneira, no exercício específico de sua *função*, auxiliam a desvendar o sentido e o alcance das leis.

Remanesce claro na consciência dos povos a necessidade de se resguardar um campo mais *neutro* e *imparcial*, *superior* e *supremo* que albergue os *valores* consensuais mínimos para uma convivência pacífica, harmônica e coesa. Estes valores estampados em

¹⁵³ A tese que levantamos aqui foi trabalhada por ARAGÓN REYES em artigo intitulado “*el juez ordinario entre legalidade y constitucionalidade*”, texto que compõe a obra: ARAGÓN REYES, 1998, pp. 163-190.

¹⁵⁴ Sobre *La ductilidad constitucional* ver ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 14-15. Traduzido por Marina Gascón.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 16.

cartas constitucionais não podem ficar somente no plano das ideias, ou nas boas intenções de arquitetos e engenheiros constitucionais. Precisam, em verdade, de fundação, de pilares e vigas para manter a estrutura social de pé. Os fins irão se articulando, da base ao topo, em diálogos recíprocos, ascendentes e descendentes, dando a unidade tão desejada ao ordenamento jurídico. A *Policy Control* é a *função* por excelência dos *Tribunais Constitucionais*, mas vejamos, em tópico subsequente, a função que lhe é diretamente correspondente.

21. *Policy Execution* e a Jurisdição “Ordinária”

A *função* de *controle* do *Tribunal Constitucional* prescinde da prévia *concreção* do *juiz ordinário*. Só se controla o que foi *executado* previamente. Há uma relação de causalidade e complementaridade entre o *nível dos fins últimos* e o *nível dos fins próximos*. Os juízes e tribunais aplicam leis aos fatos. Verificam, *in concreto*, se as opções dos legisladores estão em conformidade às práticas diárias das pessoas. E como a lei não é perfeita nos seus *fins e intenções*, o juiz perfaz, ajusta, corrige as eventuais distorções legislativas ao executá-la. Se o *Tribunal Constitucional* trabalha com *princípios* e *valores*, o *juiz ordinário* trabalha com *regras* mais objetivas e concretas às vidas das pessoas¹⁵⁶.

Além do mais, o *controle* é posterior, enquanto que a *execução* é anterior. A técnica há de ser diferente. O *juiz ordinário* analisa tanto as *legislações* do parlamento, quanto *fiscaliza* a legalidade dos atos da administração. A lei abstrata, genérica e impessoal é deliberada. Os fins intermediários, mormente em países romano-germânicos, idealizam um *fim*, imaginam uma *situação*, impõe uma obrigação *futura*, uma conduta. A norma, entretanto, não nasce pronta e acabada. É na aplicação que a mesma vai ganhar vida, pois sendo anterior aos fatos, e imaginando situações hipotéticas, acaba não contemplando todas as situações. A interpretação da norma para colmatar a eventual lacuna ou falha, não pode estar em desacordo com os valores da Constituição. É possível uma interpretação conforme, uma elasticidade, maleabilidade

¹⁵⁶ ARAGÓN REYES, 1998, pp. 169-170.

da norma para ajustar-se ao caso, mas sempre tendo como finalidade manter a mesma dentro do ordenamento jurídico.

Como vimos, a Constituição foi erigida a *norma suprema do ordenamento jurídico*. Inserem-se nela, como de costume, os valores e os princípios de um povo. Aspiram seus constituintes, que tal documento, seja perene e perpétuo. Ocorre que, nas últimas décadas, o direito constitucional tem se tornado o campo do Direito que mais cresce¹⁵⁷. De outro lado, completando e auxiliando o fenômeno descrito, o direito ordinário perde força, uma vez que prefere também inserir-se na Constituição. Há quem sustente a tese de que estamos “impregnados pelas normas constitucionais”¹⁵⁸.

Só que “impregnar-se pelas normas constitucionais”, significa, *ceteris paribus*, alterar a condição do *direito ordinário*, e da própria lei ordinária¹⁵⁹. Este fenômeno crescente nas últimas décadas gera uma perplexidade ao intérprete do Direito, qual seja, o *direito ordinário se constitucionalizou*, e, por via reflexa, o *direito constitucional se ordinarizou*. Perde-se assim a noção de *valores e regras*. Perde-se a noção de *fins últimos e fins próximos*. O que era *matéria ordinária* ganhou assento *constitucional*. O que era *materialmente de direito ordinário*, passou a ser *formalmente de direito constitucional*. A Constituição que abrigava somente normas *valorativas e principiológicas* passou a conter todo tipo de *regras*. GARCÍA FIGUEROA chega ao extremo de sustentar que o “*novo paradigma jurídico do constitucionalismo*” necessitaria, quem sabe, de “*um novo conceito de Direito*”.¹⁶⁰

Fato é que essa “*nova interpretação constitucional*” que está sendo proposta, principalmente no cenário jurídico brasileiro, contradiz a velha interpretação *literal* e

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v.6, n. 23, out./dez. 2008, pp. 9.

¹⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49.

¹⁵⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 84.

¹⁶⁰ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 163. Neste mesmo sentido, Eduardo Moreira afirma que “hoje, a tarefa de interpretar o Direito está muito ligada à Constituição e às figuras dos seus intérpretes, a ponto de não se falar quase em hermenêutica jurídica, mas, sim, em interpretação constitucional” MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 104, n. 396, mar./abr. 2008, p. 97.

subsuntiva das *regras*¹⁶¹. É mais fácil ao intérprete centrar-se nos *princípios* e aplicar, *per saltum*, diretamente a constituição, do que colmatar lacunas e ajustar as contendas sociais que lhes são submetidas. Tal processo interpretativo foi incentivado, de certa maneira, pelo Constitucionalismo nascente após a II Guerra Mundial. Alocaram-se no texto Constitucional mais *princípios* do que *regras*, e como se sabe, a interpretação de princípios admite maior *ponderação*, visto que às regras reserva-se a *subsunção*. A consequência, já sabemos, mas não custa repetir: aplica-se às leis ordinárias a novel *principiologia* reservada à *Constituição*. O *juiz ordinário* quer resolver as contendas pelos *princípios da Constituição*, ao invés de seguir as *regras da legislação*.

Há outras formas de enxergar o problema da *execução das leis nos fins próximos* do Estado. Aplicar às *leis ordinárias* a técnica interpretativa ligada *aos princípios* procede, em grande parte, à ascendência do “*Estado Constitucional*” sobre o “*Estado Legal*”. ZAGREBELSKY, por exemplo, chamava a atenção de que o *Estado de Direito* que no passado, século XIX, albergava-se na *lei*; passou a ser reconhecido, no século XX, na *Constituição*.¹⁶² A Constituição ganha contornos tais que ARAGÓN REYES mencionava que os direitos não dependem mais da lei, mas sim da Constituição¹⁶³. Ao se desvalorizar a lei e supervalorizar a Constituição, desprestigia-se tanto esta, quanto aquela, pois aumentar a *densidade constitucional* de *normas ordinárias* implica inserir na Constituição *normas formalmente constitucionais*, mas *materialmente de direito ordinário*. E isto leva também a uma desvalorização ao que verdadeiramente deveria ser materialmente constitucional. Pode-se resumir assim: no momento que tudo passa a ser *constitucionalizado*, o que deveria ser *constitucionalizado*, deixa de ser *constitucionalizado*.

O *juiz ordinário* para aplicar o *Direito* volta-se mais à *Constituição* do que para os Códigos. ARAGÓN REYES menciona haver uma dupla vinculação do juiz, tanto à lei, quanto à Constituição, pois ao aplicar as *leis* aos *casos concretos* deve atentar aos ditames da *norma*, e aos *valores* e *princípios* protegidos na *Constituição*. Se no processo subjuntivo, de aplicação da lei aos fatos, sentir o juiz que estaria violando a

¹⁶¹ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, mai 2007, p. 84.

¹⁶² ZAGREBELSKY, 2007, pp. 33-4.

¹⁶³ ARAGÓN REYES. 1998, pp. 169-170.

Constituição, deveria prezar pela interpretação conforme, mantendo a lei no ordenamento jurídico. Se, de outro lado, a inconstitucionalidade é evidente, não deveria o juiz ordinário sub-rogar-se nos deveres atinentes ao juiz constitucional. Recomenda-se a suspensão do processo e a remessa do mesmo ao guardião dos valores, para que julgue a lei inconstitucional e afaste-a do ordenamento jurídico¹⁶⁴.

Pelos *fins e funções* do Estado caberia ao juiz ordinário *aplicar* as leis, *executar* os comandos previamente deliberados pelos *fins intermediários*, nos *fins próximos*. Quando, entretanto, permite-se aos juízes ordinários controlarem as leis, à luz da constituição, as *funções políticas* dos *fins e funções* imiscuem-se. Ao cumularmos a *jurisdição ordinária* com a *jurisdição constitucional* acabamos permitindo que qualquer juiz de Direito decida sobre os *valores* da sociedade política. A razão da separação das jurisdições é reforçar os valores e princípios supremos do ordenamento jurídico. A execução da lei, técnica de *subsunção* e *concreção* local, não pode ser confundida com a *ponderação* atinente aos *princípios e valores*. Cada vez que um juiz ordinário deixasse de aplicar uma lei, retirando-a do ordenamento jurídico, por entendê-la contrária à Constituição, estaria, da sua mesa, considerando e avaliando os valores da Constituição. Tal decisão de inconstitucionalidade seria a mais antidemocrática possível, pois a lei, deliberada por mais de quinhentos parlamentares, chancelada pelo executivo, seria afastada pela caneta de um único juiz.

Se cada juiz tem o poder de declarar – *incidenter tantum* – a inconstitucionalidade da lei, o Direito sai do campo da *objetividade*; entra no campo da *subjetividade*¹⁶⁵. O Direito passa a ser o que o juiz diz que é, e não o que foi deliberado e decidido previamente pelo *legislador*¹⁶⁶. O juiz sai do campo dos *fins próximos* de *execução* da lei, e passa a defini-la, *ex post facto*. Na verdade as partes ficarão sabendo se a lei se aplica a elas, não pela *generalidade, impessoalidade e abstração* contida na lei, mas sim pelo critério de interpretação do juiz, que pode ser coerente com a *regra* deliberada pelo legislador, ou incoerente e segundo a autoridade do juiz, que prefere

¹⁶⁴ ARAGÓN REYES, 1998, pp. 168-172.

¹⁶⁵ Marinoni afirma: "...imaginar que o Juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos Tribunais Superiores é não enxergar que o Magistrado é uma peça no sistema de distribuição de Justiça, e, mais do que isso, que esse sistema não serve a ele, mas ao povo." MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

¹⁶⁶ Marinoni afirma: "...é intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer Juiz o Poder de controlar a Constitucionalidade da Lei". MARINONI, 2010, p. 77.

fazer valer a sua vontade, *ponderando* os princípios com o intuito de afastar a lei por inconstitucionalidade. Como refere SCHMITT “(...) El juez, como tal, no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la Ley¹⁶⁷”, deve ficar adstrito à lei, vinculado à lei.

A lei não faz acepção de pessoas. Por natureza é *geral, impessoal e abstrata*. Pensa o legislador em uma situação genérica, que atinja um grupo de pessoas, abstratamente considerada. “Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces¹⁶⁸”. A função *executiva* do juiz *individualiza* a *generalidade* da lei, *personifica* o que era *impessoal* e *concretiza* o que era *abstrato*. A *função executiva ordinária* excede sua circunscrição aplicativa quando o juiz deixa de aplicar a lei declarando-a inconstitucional à luz dos princípios que constrói no caso concreto. Ao agir assim, existe a *personificação*, a *individualização*, mas não existe a *concretização* da lei. Na verdade faz-se lei nova, pela conjugação dos *princípios* e *valores*. Tal prática aplicada ao caso concreto afasta as regras e interpreta os princípios, recriando as normas.

22. Aplicação da lei aos fatos: a *função* executiva ordinária

Crítério antigo e natural à ciência do Direito vem da hermenêutica e aplicação do Direito. Processo sábio e complicado à disposição dos juízes que os colocam diante de uma obrigação peremptória de despachar, decidir, aplicar aos casos concretos às matérias de sua competência. Não pode se eximir de julgar nos casos de omissão, ambiguidade e obscuridade da lei. O brocardo *in claris cessat interpretativo* não é a regra, e o magistrado tem a difícil tarefa de suprir “as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade¹⁶⁹”.

Na obrigação de decidir sempre, não está implícita a função de se sub-rogar ao legislador. Substituir o legislador não é tarefa do juiz. Se a lei não identifica de plano,

¹⁶⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Editora Nacional, 1966, p. 155.

¹⁶⁸ ZAGREBELSKY, 2007, pp. 33-4.

¹⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

implícita ou explicitamente, a situação dos fatos concretos da vida das pessoas deve o magistrado valer-se dos métodos de interpretação (*lógico, gramatical, teleológico, histórico, sociológico*¹⁷⁰), da *equidade*, da razão, para colmatar as lacunas, preservando sempre a unidade do direito, a fidelidade à intenção do legislador, fugindo, por vezes da letra fria do dispositivo, pois como mesmo dizia São Paulo: “*a letra mata, mas o espírito vivifica*¹⁷¹”.

Uma mesma palavra apresenta, na prática, uma diversidade de significados. MAXIMILIANO falava, “Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias¹⁷²”. Interpretar é *explicar*, esclarecer o *sentido* e o *alcance* de uma norma, buscar o significado de um vocábulo, de um gesto, de uma atitude, pois os juízes ordinários trabalham diretamente com as partes, com as pessoas, com os casos. Deve o juiz extrair do texto; norma. E por vezes de um mesmo texto extrai-se mais de uma norma. Uma palavra pode ter mais de um significado, conter mais de um sentido. A lei foi criada imaginando uma situação concreta, mas somente na execução vê-se que é desarrazoada, incoerente e ilógica aos fatos que se apresentam.

Interpretar é construir, enquadrar ao caso concreto a norma jurídica adequada. As expressões *exegese* e *crítica* nos ajudam a compreender bem o papel do juiz. Enquanto que *interpretação* propriamente dita é *exegese* da lei isolada a *construção* agrega outros elementos exteriores ao texto, tais como sistematização de um conjunto de normas, compreensão das palavras; a *interpretação* propriamente dita prende-se mais ao texto, às palavras, ao sentido respectivo; a *construção* busca o alcance, o sentido jurídico, a história do instituto, a sociologia envolvida. Para MAXIMILIANO, enquanto a *interpretação* decompõe, a *construção* recompõe, compreende, constrói¹⁷³.

A *função* do julgador nos fins próximos do Estado é *executar* os comandos do legislador a partir dos fatos da vida. Somente após a *aplicação* das leis aos fatos é que em momento posterior posso verificar se esta aplicação está de acordo com os valores expressos na Constituição. A lei previamente determinada contempla os valores da sociedade, mas é somente a partir da *aplicação* nos casos concretos que posso verificar, se

¹⁷⁰ Os métodos de interpretação mencionados aparecem detalhados em MAXIMILIANO, 2008, p. 42.

¹⁷¹ II Coríntios 3:6.

¹⁷² MAXIMILIANO, 2008, p. 13.

¹⁷³ MAXIMILIANO, 2008, p. 33.

a intenção de *generalidade*, *impessoalidade* e *abstração* do legislador estava de acordo com anseios da sociedade. O nível concreto é o campo de experimento da lei. A lei do parlamento é testada, podemos dizer, pelo juiz. Mas quando o juiz sentir que a lei contraria os valores da constituição cria-se um impasse, que admite (1) aplicação da lei, contrariando os valores da constituição; (2) declaração de inconstitucionalidade da lei pelo juiz ordinário, cumprindo a seu sentir, os valores da constituição.

Uma terceira via sustentada em nossa tese seria o meio termo, o justo meio entre as duas posições acima colocadas. O juiz pode aplicar a lei aos fatos, mas se no processo de *interpretação-aplicação* sentir que há contrariedade entre a norma aplicada e os valores da constituição deve suspender o processo e remeter a questão ao *Tribunal Constitucional*. Sustentamos ser mais racional ao processo que o juiz suscite esta questão de inconstitucionalidade, uma vez que partes; são parciais, forçando, por vezes, interpretações desarrazoadas com intuito meramente protelatório. Se, de outro lado, o juiz tome para si a função de declarar a inconstitucionalidade da lei, a partir do caso concreto, estaria, por que não dizer, substituindo-se, sub-rogando-se, na função do Tribunal Constitucional.

E mais; enquanto uns (juízes) decidem pela constitucionalidade, outros decidirão pela inconstitucionalidade. Leis que buscam a igualdade passarão a *desigualar*, na proporção da desigualdade do aplicador que declara a inconstitucionalidade. Leis *genéricas* perderão seu critério de *generalidade*, e tornar-se-ão específicas, segundo o pensamento do magistrado. O critério de *impessoalidade* passará a ser o da *pessoalidade*, pois para uns a lei se aplica, enquanto que para outros a lei não se aplica. Tal mecanismo fere a segurança jurídica. A previsibilidade e a certeza das relações jurídicas deixam de existir. Abre-se margem às ideologias dos juízes – que vão do liberalismo, em geral; ao marxismo, em especial – que passam a decidir, ou mesmo criar leis, por que não dizer: *ex post facto*¹⁷⁴.

23. Controle da lei aplicada aos fatos: a função do Tribunal Constitucional

¹⁷⁴ SOUZA JUNIOR, 2011.

No *nível dos fins últimos* a técnica é distinta. Não se opera com *Constituição* da mesma maneira que se opera com o *Direito Privado*. O hermenêuta necessita de maior habilidade, competência e cuidado. O estatuto constitucional condensa os princípios, os valores, o progresso, a liberdade, o bem estar, o desenvolvimento, a justiça. Precisa evitar as minúcias, deve ser aberto ao tempo, nunca rígido, mas sim flexível, dúctil, adaptável, moldável¹⁷⁵ às circunstâncias, às épocas, ao tempo, à sociologia, à história¹⁷⁶. Assim quanto mais reduzida e mais geral for a norma da constituição, melhor atenderá os anseios sociais.

É da *generalidade* do texto constitucional que entendemos e aprimoramos, por vezes, a *especificidade* do *Direito Ordinário*. A *lacuna* da lei, ou eventual *abertura interpretativa* se completa com o *espírito da Constituição*, com a intenção da comunidade, com os fins a serem buscados pelo povo. Se o texto constitucional tende a ser aberto ao tempo em seus *princípios e valores*, o *Direito Ordinário* deve ser *concreto e fechado*¹⁷⁷. Deve idealizar e prever as situações concretas da vida, para que na eventualidade de conflitos resolva-os da melhor maneira possível. A *coerção*, a *força executiva* e a *imperatividade* fazem parte do *Direito Ordinário*, tanto quanto a *conflitividade* faz parte da sociedade, sendo que a mesma acaba buscando no *Poder Político Organizado* a harmonização dessas adversidades naturais, restaurando o *consenso*¹⁷⁸.

O *nível Constitucional dos fins últimos* do Estado além de expressar-se por princípios apoia-se em elementos *políticos e jurídicos*. Quanto mais elevada é a função do Estado mais os *campos* – jurídico e político – imiscuem-se. A *juridicidade* da *Política* e a *politicidade* do *Direito* imbricam-se. Há uma zona de independência, mas prevalece a *interdependência* e a *harmonia*. A constitucionalização da política e a politização do direito é fator inevitável, tanto é que “*cuando se pretende echarla por la puerta, entra por*

¹⁷⁵ DIETER GRIMM tratando do político e do jurídico nas sociedades pré-modernas criticava a imutabilidade do direito. “A vinculação a um direito imutável com pouco espaço para mudanças”. O direito só “podia continuar existindo enquanto as relações sociais, às quais o direito se referia, continuassem inalteradas e as verdades religiosas em que ele se baseava continuassem fora de dúvida. Em contrapartida, se a mudança social se acelerava de tal modo que as mudanças eram concebidas como problemas para os quais o direito vigente não tinha soluções à disposição, toda a ordem social caía, dessa maneira, em uma crise de legitimação”. GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 5. Trad. de Geraldo de Carvalho.

¹⁷⁶ MAXIMILIANO, 2008, p. 248.

¹⁷⁷ MAXIMILIANO, , 2008, pp. 248-9.

¹⁷⁸ Para um estudo dos fundamentos sociológicos do Direito ver: SOUZA JUNIOR, 2002a, título II, capítulo 3º.

*la ventana. Sólo quedan pues, en apariencia, dos caminos*¹⁷⁹”. De outro lado, a Constituição não se sobreporá à política; não pode vinculá-la *ad eternum*, a princípios imutáveis. “*Como componente do direito positivo, ela [constituição] se baseia em uma decisão política e pode, por isso, também ser novamente mudada*”.¹⁸⁰

Entretanto, a separação entre o *Direito* e a *Política* nos *fins próximos* do Estado fica mais visível. A *administração* e o *judiciário* alocam suas *funções* de forma mais clara. A *juridicidade* e a *politicidade* são bem delimitadas. A *política de governo* é *administrada* na base da pirâmide, enquanto que a *legislação* é *julgada* a partir dos fatos concretos. No nível constitucional as *funções jurídicas* e *políticas* aproximam-se, motivo pelo qual exige-se dos membros componentes dos *Tribunais Constitucionais* certas peculiaridades. Os *critérios de seleção* não podem ser *estritamente jurídicos*, pois as *funções exercidas* não são *estritamente jurídicas*, mas também *políticas*. Há quem diga que os Ministros dos Tribunais Constitucionais devem possuir “*diferentes sensibilidades*”, pois necessitam operar com questões polêmicas, pressões sociais, interesses setoriais de grupos e corporações, reivindicações de minorias.

O *controle da lei*, à luz dos *valores da Constituição*, exercido pelos Tribunais Constitucionais é, como já apontado, tarefa secundária dos Ministros. O processo de interpretação dos *fins* e *funções* do Estado é, em si mesmo, um *diálogo constante* entre os *níveis de fins* do Estado. A *legislação* completa-se pelo *processo subsuntivo* do *juiz*, à luz dos casos concretos que mexem na vida das pessoas. Descobre-se, por vezes, o *sentido* e o *alcance* das *leis*, contemplando-se os *valores* e *princípios* da *Constituição*. Os próprios *princípios* e *valores* da *Constituição* atualizam-se pelo diálogo constante que exercem com a *legislação*. O *parlamento*, no *nível intermediário* delibera, de um lado contemplando os *valores* e os *fins últimos* inseridos na *Constituição*; de outro lado, imaginando as situações concretas da vida das pessoas nos *fins próximos*, orientando a conduta dos juizes, na melhor solução das lides.

Controle e execução contemplam, portanto, as *funções* dos *fins últimos* e dos *fins próximos* do Estado. Os *princípios* relacionam-se à *Constituição*, assim como as *regras* relacionam-se à *legislação*. A *Harmonização* dos *valores* volta-se aos *fins últimos*, ao

¹⁷⁹ RUBIO LLORENTE, 2003, pp. 49-67.

¹⁸⁰ GRIMM, 2006, p. 10.

passo que a *aplicação* das regras volta-se aos *fins próximos*. Nosso passo subsequente na pesquisa será, portanto, buscar compreender como deve agir o juiz no caso concreto para aplicar as normas, e como deve agir o Ministro para controlá-la. Na verdade, analisar-se-ão dois critérios interpretativos aplicados aos casos julgados pelos *juízes ordinários* e pelos Ministros dos Tribunais Constitucionais. Enquanto que o *justo* e o *equitativo* estão voltados à aplicação das normas nos *fins próximos*; a *ponderação* dos valores e dos *princípios* inseridos na Constituição é o mecanismo de *controle* que está ao alcance dos Ministros do Tribunal Constitucional nos *fins últimos*. Mas vejamos as duas técnicas – aplicação e controle – de hermenêutica à disposição dos fins *últimos* e *próximos* do Estado em tópicos separados.

24. O justo e o equitativo como mecanismos de aplicação da justiça ordinária

O justo é uma medida proporcional entre dois extremos. A conjunção do *primeiro* termo com o *terceiro*, e do *segundo* com o *quarto*. O justo é o meio termo entre dois extremos desproporcionais. Os matemáticos, para Aristóteles, referem-se a esta espécie de proporção como sendo *geométrica*. O *justo* é o *proporcional*, enquanto que o *injusto* viola a *proporcionalidade*. A *proporção* se *desajusta* quando alguém viola a *justiça*, ficando com um quinhão maior do que lhe é devido¹⁸¹. A pessoa que *age injustamente* fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que *é tratada injustamente* fica com um quinhão muito pequeno. A recíproca é verdadeira. O mal menor é considerado um bem se comparado com o mal maior. Para atingir os extremos, na proporção correta, o sujeito que age deve *agir conscientemente*, mas se *agir inconscientemente* praticando uma *proporção justa* estará praticando um ato justo, mesmo que na ignorância¹⁸².

O justo, como *proporção* entre *perda* e *ganho*, entre maximização dos bens e *minimização* do mal, buscando o termo médio é fonte de orientação do juiz que deve *corrigir* o *excesso* e a *falta*. O meio termo entre perda e ganho deve ser reparado. Não foi outra razão que o *terceiro imparcial* foi designado para *ajustar* o *desajustado*, dar *proporção* ao *desproporcional*, fazer aplicar a *justiça* nas *injustiças*. Os *juízes* sabiamente

¹⁸¹ ARISTÓTELES, 2001, 1131 B; 1132 B.

¹⁸² ARISTÓTELES, 2001, 1132 A; 1135 A; 1138 A.

são chamados de *mediadores*. A analogia da linha de Aristóteles expressa bem o justo meio. A proporção se estabelece como se houvesse uma linha dividida em dois segmentos desiguais. A justiça estaria na *subtração* da parte que faz com que o *segmento maior* exceda a *metade*, acrescentando-se o *excesso* da falta ao *menor*. A proporção far-se-á quando os dois segmentos fiquem iguais. Mas se um exceder o outro é o grau de excesso que indicará o grau da injustiça¹⁸³.

Etimologicamente chegaremos ao mesmo entendimento. A palavra *dikaion* (=justo) quer dizer *dikha* (dividida ao meio), como se se devesse entender esta última palavra no sentido de *dikaion*; e um *dikastés* (juiz) é aquele que divide ao meio (*dikhastés*). Por isso que cabe ao juiz dar a cada um o que lhe é devido. Dividir a *proporção devida* e corrigir o *excesso da perda* e o *excesso do ganho*. O *justo* é, portanto, o *proporcional*. O *injusto*, por via reflexa, o *excesso e a falta*, pois no ato injusto, ter muito pouco é ser tratado injustamente, e ter demais é agir injustamente¹⁸⁴.

A *justiça* não passa de uma *disposição da alma*. Basta querer ser justo. É uma *predisposição* a fazer o que é *justo*. Serei justo, agindo justamente e desejando o que é justo¹⁸⁵. A disposição da alma naturalmente nos leva nessa direção. A saúde não resulta de fazermos o que é contrário a ela, da mesma maneira que o justo não resulta de fazermos o que é contrário a ele. Analogicamente poderíamos falar em polos de atração, com sinais positivos e negativos, quanto mais afastamo-nos de negativo, mais positivos seremos e agiremos¹⁸⁶. Se as pessoas que *cumprem* a lei parecem *justas*, evidentemente todos os atos em conformidade com a lei *serão justos*. Se as pessoas que *infringem* as leis parecem *injustas*, evidentemente todos os atos em desconformidade com a lei *serão injustos*¹⁸⁷.

Os *atos justos* são os que tendem a *produzir e preservar* não somente a *felicidade*, mas todos os *elementos* que a *compõem*. A lei determina os atos justos, mas os justos também determinam a justiça e o modo de agir de acordo com ela. Assim o hábito de seguirmos homens *corajosos*, que não abandonam o posto, não fogem às suas responsabilidades, nos fazem ser como eles. Homens *moderados* ou *amáveis* devem ser

¹⁸³ ARISTÓTELES, 2001, 1132 A.

¹⁸⁴ ARISTÓTELES, 2001, 1132 A.

¹⁸⁵ ARISTÓTELES, 2001, 1129 A.

¹⁸⁶ ARISTÓTELES, 2001, 1129 A.

¹⁸⁷ ARISTÓTELES, 2001, 1129 B.

seguidos, pois são *justos e felizes*. Não agridem, não falam mal, não cometem adultério nem ultrajes. A justiça leva à *felicidade*, e a *felicidade* depende da *excelência moral perfeita*. A *justiça* é a própria *excelência moral perfeita*¹⁸⁸.

A prática de atos justos, assim como a lei, não faz acepção de pessoas¹⁸⁹. Tratar o governante da cidade, ou o companheiro da comunidade, não é diferente, nem em gênero, nem em grau. Para Aristóteles *o pior dos homens* é aquele que põe em prática a sua deficiência moral em relação a si mesmo, ou em relação aos seus amigos; *o melhor dos homens* é aquele que põe em prática sua excelência moral em relação aos outros e não a si mesmo. “A *justiça não* é uma parte da excelência moral, mas e excelência moral inteira; a *injustiça não* é uma parte da deficiência moral, mas a deficiência moral inteira”¹⁹⁰.

Qualquer *ato injusto* é imputado a algum tipo de *deficiência moral*. Como qualquer *ato justo* é imputado a algum tipo de *excelência moral*¹⁹¹. Quanto aos atos injustos Aristóteles refere aqui três exemplos: (1) praticar *adultério* é imputado à *concupiscência*; (2) *desertar um companheiro* em batalha é imputado à *covardia*; (3) praticar *violência física* é imputado à *cólera*; assim, obter proveito em razão da *prática* de *ato injusto*, sua ação não é imputada senão à *injustiça*¹⁹². E a *lei* nos dá *comandos proibitivos* à prática de qualquer espécie de ato que leve à *deficiência moral*, assim como nos *ordena* praticar toda a espécie de atos que nos leve à *excelência moral*¹⁹³.

Uma das espécies de justiça em Aristóteles é aquela que atua para **corrigir**, dentro das relações interpessoais, a *desigualdade gerada*. O reconhecimento da *desigualdade* é o *pressuposto* da *correção*. O juiz tenta *restabelecer* a *igualdade*. No caso em que uma pessoa é ferida e a outra fere, uma mata e outra é morta, o sujeito passivo e o ativo não estão em proporções iguais. A distribuição da justiça no caso concreto deve *subtrair* do *ofensor* o *excesso de ganho*, e *maximizar* ou *remediar* do ofendido, se possível, o *excesso de perda*, aqui transparece a justiça corretiva, campo legítimo de atuação da *justiça*

¹⁸⁸ ARISTÓTELES, 2001, 1129 B.

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

¹⁹⁰ ARISTÓTELES, 2001, 1130 A.

¹⁹¹ ARISTÓTELES, 2001, 1129 A.

¹⁹² ARISTÓTELES, 2001, 1129 B.

¹⁹³ ARISTÓTELES, 2001, 1129 B.

ordinária, qual seja, *aquinhoar* mais quem merece mais, em desfavor de quem merece o menos¹⁹⁴.

A *justiça* é o *equitativo*, isto é, *tò isón*, **o igual**. A *igualdade da justiça* consiste em *casos semelhantes* serem tratados de *forma semelhante* e em *diferenças proporcionais* de *mérito* serem tratadas de acordo com essa *proporção*. A **distribuição** é *justa* se e somente quando entre dois casos os receptores sendo *desiguais em mérito*, recebem uma *distribuição desigual*. Esta proporcionalidade pressupõe, por certo, uma ordenação classificatória de ações, em termos de meritocracia, e uma classificação de bens a serem distribuídos, enquanto que na justiça **corretiva** ela pressupõe uma classificação de danos e privações que podem ser impostos como punições mais ou menos sérias a um e a outro¹⁹⁵.

A *justiça* é uma *condição* para se *alcançar outros bens*, e implica preocupar-se com, e valorizar a justiça, mesmo que para isto não se consiga nada, não se ganhe nada. Ser justo é ser verdadeiro, ser digno de respeito, é modo de comportamento, é forma de vida, é bem que se busca. O simples ato, mesmo que singelo, comprova tal virtude, e não foi por outra razão de estilo que só os virtuosos possuem que os espartanos, em *Termópila* apresentaram quando pentearam os cabelos antes de lutar até a morte¹⁹⁶.

Tornamo-nos *justos*, em primeiro lugar, ao realizarmos *atos justos*. Mas e quais seriam estes atos, como sabemos que atos devemos realizar? Simplesmente temos de aprender, com aqueles que já possuem a *educação moral* e a *virtude* que ainda não temos. Mas a complexidade da justiça a faz menos exata do que a matemática. ARISTÓTELES classificava as pesquisas e os corpos de conhecimento, teóricos e práticos, em termos de grau de exatidão (*akribeia*) adequado a cada um. A *política*, umbilicalmente ligada à *justiça*, são *ramos da ciência* menos exatos, pois o grau de incerteza e inexatidão delas aumenta proporcionalmente ao distanciamento das regras exatas e medidas precisas que somente as *ciências exatas* sabem nos demonstrar¹⁹⁷.

¹⁹⁴ ARISTÓTELES, 2001, 1131 B; 1132 A.

¹⁹⁵ ARISTÓTELES, 2001, 1131 A; 1131 B; 1132 A; 1132 B.

¹⁹⁶ A passagem é de Heródoto (VII, 207), mas o exemplo aplicado à virtude de ser justo é de MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem, qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991, p. 127.

¹⁹⁷ ARISTÓTELES, 2001, 1137 A.

Ser justo requer aprendizado e desenvolvimento de duas virtudes: a *justiça* e a *phrónesis*. O *phrónimos* é capaz de julgar objetivamente quais são as verdades relevantes para si na situação dada e, a partir desse julgamento e de sua percepção dos aspectos relevantes de si mesmo e de sua situação, agir corretamente e de forma justa. A virtude da justiça, ou outra virtude qualquer, só pode ser exercida pela via da *phrónesis*. Pois, “as verdades sobre o que é justo são uma subclasse de verdades sobre o que é bom, e a habilidade de expressá-las na ação é a habilidade *phronética* de expressar essas verdades do modo como for necessário em casos particulares¹⁹⁸”.

O juiz é o *administrador* das leis expressando a concepção da justiça. Mas a justiça vincula as decisões do juiz, governa o juiz por regras na sua atividade. Mas se os feitores das leis não possuíam regras na sua atividade para guia-los, o juiz, de tempos em tempos, enfrentará casos para os quais as leis existentes não forneçam respostas claras, e a lacuna deixada por elas, deixem o caso sem resposta. Nesta hipótese, o juiz deve exercer a *Phrónesis* tanto quanto fizera o legislador, pois o juiz usa da *epieikeia* (julgamento razoável)¹⁹⁹.

A *justiça* e a *equidade* são a mesma coisa para Aristóteles, embora a *equidade* seja melhor. O *equitativo* é o **justo**, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. Cabe ao *equitativo* corrigir a lei onde ela é omissa devido à sua *generalidade*. Ajustar os fatos à lei, pois a lei não pode *prever* e *antever* todos os fatos. A adequação das leis ao fato, do real com o idealizado pela lei, um verdadeiro sentido de *subsunção*. E mais, quando a situação é indefinida, fazendo analogia com a régua de chumbo usada pelos construtores em *Lesbos* que se adaptava à forma da pedra, no mesmo modo a lei deve se adaptar aos fatos²⁰⁰. Esta é a difícil função encarregada aos juízes ordinários no plano dos *fins próximos* do Estado. Mas vejamos a função principiológica a cargo dos Tribunais Constitucionais, nos *fins últimos* do Estado.

25. Os princípios jurídicos e a função de controle dos Tribunais Constitucionais

¹⁹⁸ MACINTYRE, 1991, p. 130.

¹⁹⁹ traduzir este termo por *equidade*, como normalmente é feito, não é o mais correto. MACINTYRE, 1991, p. 134.

²⁰⁰ ARISTÓTELES, 2001, 1137 A; 1137 B.

No *campo dos fins últimos* a técnica de interpretação há de ser diferente²⁰¹. O controle das normas aplicadas pelos juízes segue orientação dos *valores jus-políticos*, conforma-se aos *princípios*, atende *normas gerais* e *abstratas* alocadas no topo do ordenamento jurídico. O texto constitucional sendo genérico e amplo vai analisar as leis e a partir delas construir uma interpretação para que a norma tenha sentido e alcance concreto, bem como permaneça no mundo jurídico. Por esta razão é indispensável que o aplicador do Direito conheça as normas que aplica e os mecanismos com os quais deve trabalhar.²⁰²

Cabe lembrar que todas as presunções militam pela *presunção de constitucionalidade das leis*. É importante que se diga que a lei nasce constitucional, pois passa por Comissões de Constituição e Justiça; pelas casas legislativas, vai para sanção ou veto do executivo, ou seja, todo o caminho percorrido já indica a presunção de constitucionalidade da lei. Só por bons motivos deve o Tribunal Constitucional deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional²⁰³. Assim, entre duas interpretações possíveis, deve o Tribunal Constitucional escolher a que preserva a norma no ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade deve estar evidente, imune às dúvidas, pois é salutar à harmonia entre os poderes o respeito, e por vezes, o controle respectivo²⁰⁴²⁰⁵.

²⁰¹ Para MAXIMILIANO “A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado redigidas, de modo sintético, em termos gerais”. MAXIMILIANO, 2008, p. 248.

²⁰² AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004, pp. 16-17.

²⁰³ Dificuldade havia por parte da doutrina em aceitar, por exemplo, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Pois a lei presume-se constitucional, nasce constitucional, ao menos até sua declaração de inconstitucionalidade. MENDES escreveu artigo na Revista dos Tribunais, em defesa da permanência e da pertinência da Ação Declaratória de Constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: Inovação da emenda constitucional 3 de 1993. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 1, n. 4, jul-set. 1993, pp. 98-136.

²⁰⁴ MAXIMILIANO, 2008, pp. 250-251.

²⁰⁵ Cabe mencionar aqui, alguns números coletados por MAXIMILIANO sobre o sistema constitucional norte-americano, pois demonstram o respeito à lei e à Constituição: “Até 1911, isto é, durante 124 anos, a Corte Suprema dos Estados Unidos julgou inconstitucionais 33 atos do Congresso Federal e 248 leis estaduais ou municipais. A inconstitucionalidade foi alegada em 1.138 litígios, dos quais apenas 218 versavam sobre deliberações do Poder Legislativo Nacional. Percebe-se que o povo, temeroso dos escrúpulos da magistratura em relação ao julgamento das resoluções dos outros poderes federais, raramente se afeita a negar a validade das mesmas; e, ainda assim, os casos de vitória para os arguidores de inconstitucionalidades não passam de 15%. (...)”

“A Corte Suprema, por alvedrio seu, espontâneo, só admite o pronunciamento da inconstitucionalidade, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros; e, ainda assim, mostra a maior repugnância e discreta reserva ao ter de declarar írritas quaisquer deliberações do Congresso Nacional. Apesar disso, e talvez porque houvesse, depois de 1904, pequeno aumento anual de casos vitoriosos contra a Legislatura da

Se interpretar é construir e reconstruir a partir de algo; sem interpretação não se saberá exatamente o *sentido* e o *alcance* do texto normativo. A *norma* concreta *executada* dependerá, por vezes, de *conexões axiológicas* que sequer aparecem ao *texto em abstrato*. A interpretação normativa da lei com a constituição deve levar em conta os *fins* e *valores* do Estado e do próprio ordenamento jurídico. Maneja o Tribunal Constitucional com linguagem técnica, repertório próprio, apropriada aos constitucionalistas, pois vislumbra *controlar a lei* com a Constituição²⁰⁶.

No rol dos *princípios constitucionais* podemos alocar uma generalidade de assuntos; todavia a *dogmática constitucional* vem construindo, delimitando, a partir do século XVIII, um conjunto mais ou menos preciso de princípios, tais como: princípio do *Estado Democrático de Direito*, ou só princípio *democrático*, princípio *federativo*, princípio *republicano*, princípio da *separação dos poderes*, princípio da *Dignidade da Pessoa Humana*, princípio da *isonomia*, princípio *liberal*, ou da limitação do poder do Estado em face do indivíduo, princípio *social*, ou da proteção dos economicamente necessitados, exigindo-se políticas ativas, positivas por parte do Estado. FERREIRA FILHO chama *tais princípios*, na falta de nomenclatura melhor, de *princípios inferidos*²⁰⁷.

Os princípios *inferidos* – segundo FERREIRA FILHO – apareciam nas constituições como *regras*, e a partir destas *regras* inferiam-se *princípios*. Tais *regras*, *inferidas* em *princípios*, perpassavam a mente dos construtores políticos das Constituições. Eram verdadeiras diretrizes *jus-políticas* dos elaboradores das Cartas Fundamentais. Note-se que a novel *principiologia* com se trabalha hoje, nasceu das bases do Direito. Foi fruto da interpretação das *regras* jurídicas ordinárias aplicadas nas relações sociais que foram sendo extraídos os *princípios*. A doutrina culta usa princípios

Federação, e maior contra as estaduais, bastante se avolumou a corrente limitadora da prerrogativa do Judiciário, e multiplicaram-se as sugestões para restringir a possibilidade de anulação de atos das Câmaras”. MAXIMILIANO, 2008, p. 251.

²⁰⁶ ÁVILA, 2004, p. 25.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, 2009, p. 393.

apofânticos como sinônimo aos princípios *inferidos*²⁰⁸. Mas além dos princípios *apofânticos* e *inferidos*, há os princípios *explícitos*²⁰⁹.

Os princípios *prescritivos* aparecem de forma *explícita* no texto constitucional. A exemplo do exposto no artigo 37 da Constituição, ao referir que a administração pública deverá atender aos princípios da *legalidade*, da *impeccabilidade*, da *moralidade*²¹⁰, da *publicidade* e da *eficiência*. Estes *princípios explícitos* vinculam a Administração Pública na execução de suas atividades, prescrevendo e orientando a conduta do administrador. Tais princípios prescritivos recebem também o nome de princípios *deônticos*²¹¹.

O fato é que os *princípios inferidos* (apofânticos) e *prescritivos* (deônticos) necessitam ser *densificados*, *aplicados*, *concretizados*. E a concretização pressupõe, se nossa tese estiver certa, um *processo*, que num *Estado Democrático de Direito* inicia-se no *legislativo*. É bom que se diga que o povo se governa por meio de representantes eleitos, bem como não pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei²¹². Mas esta lei não é em si mesma *perfeita*, *pronta* e *acabada*. O processo de interpretação se inicia na base, com o *juiz ordinário*, *concretizando* e aplicando a *justiça* e a *equidade*. Porém, por vezes, na aplicação da lei é que se insurge o *princípio*, *limitando* e *reduzindo* a margem de interpretação legítima do juiz.

Fator deletério ao ordenamento jurídico aparece quando a “*densificação*” dos princípios ocorre *per saltum* pelo *Poder Judiciário Ordinário*. Esta concretização aparece na *lacuna da lei*, ou ainda, na *ausência de norma regulamentadora*. Sendo a legislação omissa o juiz colmata a lacuna por *analogia*, pelos *costumes* e pelos

²⁰⁸ Ibidem, p. 393.

²⁰⁹ Por vezes, os princípios *prescritivos* são, ao mesmo tempo, princípios *inferidos*. É o que se expressa nos artigos 25, *caput*; e artigo 29, *caput*, permitindo aos Estados e Municípios organizarem-se e regerem-se pelas constituições (leis orgânicas) e leis que adotarem, porém observando os princípios da Constituição e do respectivo Estado a que esteja vinculado o Município. FERREIRA FILHO, 2009, p. 394.

²¹⁰ Para AVILA “A instituição desses valores (e da moralidade em especial) implica não só o dever de que eles sejam considerados no exercício da atividade administrativa, como, também, a proibição de que sejam restringidos sem plausível justificação”. ÁVILA, 2004, p. 76.

²¹¹ FERREIRA FILHO, 2009, p. 393.

²¹² Ibidem, pp. 395-396.

*princípios gerais do direito (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*²¹³). Dentro dos princípios gerais do direito inserem-se – *ceteris paribus* – os *princípios constitucionais*. Aplicar princípios constitucionais para salvar a lei, para colmatar a lacuna é plenamente possível. Mas, aplicar princípios *contra legem*, é dizer que interpretação do juiz sobrepujou a lei²¹⁴. Coloca-se, em verdade, o *juiz acima da lei*, pois estaria ele fazendo leis às partes, e inclusive, *ex post facto*.

Declarar inconstitucional a lei tendo em vista os valores da Constituição só pode ser tarefa de *Tribunais Constitucionais*. A verificação é feita em abstrato, imaginando a generalidade dos casos. Não estaria o *Juiz Constitucional* vinculado às partes, nem contaminado pelos *interesses momentâneos* no julgamento da lide. *Controlaria* a lei tendo por base os *valores* da Constituição, podendo inclusive retroceder à data da feitura da Constituição para valer-se dos *Anais do Congresso*, buscar a *intenção* dos constituintes originariamente. Além do mais, se por acaso uma norma de constituições anteriores for mantida na Constituição atual poderia valer-se das interpretações *daquela*, para iluminar a interpretação *desta*. Em síntese, *aplicar a lei* a partir dos casos concretos é diferente de *controlá-la* à luz da *Constituição*. Aquela; função dos juízes, esta; função do Tribunal Constitucional.

26. Controle cumulado e separado vs. controle difuso e concentrado: a introdução dos modelos mistos

O desenvolvimento dos *fins e funções* do Estado abre o caminho para uma apreciação crítica dos modelos do *Controle de Constitucionalidade na Ibero-América*. Se os fins do Estado são organizados por poderes, e a cada poder é atribuída uma função, irracional seria *cumular* as funções dos *fins últimos* (controle das leis com a Constituição) com a função dos *fins próximos* (execução, aplicação, concreção das leis aos fatos). Jurisdição *cumulada e separada* seria, em nosso entendimento, a melhor nomenclatura atribuída ao controle americano e europeu.

²¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, GB, 09. set. 1942.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, 2009, pp. 396-397.

A *técnica* aplicada ao *controle de constitucionalidade* seria simples: (1) ou se *separa a função* de Controle de Constitucionalidade das leis, da Jurisdição Ordinária, alocando-a em Tribunal Constitucional (*técnica da jurisdição separada*); ou (2) se *cumula a função* de controle de constitucionalidade das leis, tanto na jurisdição ordinária, quanto no Tribunal Constitucional (*técnica da jurisdição cumulada*)²¹⁵. Aquele é chamado de modelo difuso norte-americano; este é chamado de modelo concentrado-europeu.

Mas hoje a questão do controle de constitucionalidade é trabalhada pela doutrina estrangeira²¹⁶, em geral, pela doutrina nacional, em especial²¹⁷, em duas categorias, a saber: controle *difuso* e *concentrado*. Oriundas do direito americano e do direito austríaco-europeu²¹⁸ espalharam-se pelo mundo, servindo de modelo aos países ibero-americanos que, a sua maneira, foram conformando suas constituições, na linha do sistema *difuso* norte-americano²¹⁹, ou do sistema *concentrado* europeu²²⁰. Alguns países, fugindo dos mecanismos puros, mesclaram técnicas *difusas* e *concentradas* no mesmo país²²¹. Oscilando, podemos dizer, ora mais para o sistema *concentrado*; ora mais para o sistema *difuso*, criando-se, com certeza, um terceiro modelo, que *pari passo*, segundo tese nossa, será dominante na Ibero-América.

A doutrina mundial foi impactada nesta matéria pela síntese desenvolvida por CAPPELLETTI, em obra clássica sobre o tema do “*Controle Judicial de*

²¹⁵ Esta é a tese de COMELLA, Víctor Ferreres. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial**. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>>. Acesso em: 19 set. 2005.

²¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, *passim*; FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004, *passim*.

²¹⁷ FERREIRA FILHO, 2009, pp. 33-46; SILVA RAMOS, Elival da. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 67-74.

²¹⁸ No mesmo sentido do que sustentou SILVA RAMOS, “(...) pelas profundas mudanças introduzidas no sistema europeu de controle, desde a entrada em vigor da Constituição da Áustria de 1920, reformada em 1929, optamos pela designação mais ampla de sistema-padrão europeu, em vez de sistema-padrão austríaco, ou de matriz austríaca”. SILVA RAMOS, 2010, p. 105.

²¹⁹ Foi o caso da Argentina. BREWER-CARÍAS, Allan R. **Judicial Review and Amparo Proceeding in a General Overview**. Disponível em <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.%201.%20968.%20JUDICIAL%20REVIEW%20IN%20LATIN%20AMERICA.%20A%20GENERAL%20OVERVIEW..pdf>>. Acesso em 01 ago. 2011.

²²⁰ Foi o caso da Bolívia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai, Uruguai. Ver: BREWER-CARÍAS, 2011a.

²²¹ Foi o caso do Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador. BREWER-CARÍAS, 2011a.

Constitucionalidade das leis no Direito Comparado”. Texto erudito e profundo que analisa, pela perspectiva do Direito Comparado, os sistemas de controle de constitucionalidade, e aparta, didaticamente, o sistema de Controle *difuso* norteamericano do sistema de controle *concentrado* europeu. Na obra do processualista italiano o *sistema difuso* é aquele que “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”; ao passo que o sistema *concentrado* é aquele em que “o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão do judiciário”.²²²

Partindo da conceituação de CAPPELLETTI²²³, bem como na linha do que desenvolveu FAVOREU²²⁴; SILVA RAMOS, em recente obra sobre o Controle de Constitucionalidade, buscando saber se determinado sistema de controle é difuso ou concentrado, sustenta ser necessário levar em consideração “o aparato jurisdicional no seu todo”.²²⁵ Se a competência para efetuar o controle da Constitucionalidade das leis for dispersa entre *juízes e tribunais*, estamos diante de *controle difuso*. Porém, se apenas a um Tribunal for entregue a função de fiscalização de inconstitucionalidades, ao contrário, estamos diante de um *controle concentrado*²²⁶.

Nega SILVA RAMOS – criticando AFONSO DA SILVA²²⁷ e CLÈVE²²⁸ – que o controle *brasileiro* ou *português* seja *misto*. Para ele o controle brasileiro “é indubitavelmente difuso, e apenas difuso, (...) sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de

²²² CAPPELLETTI, 1984, p. 67.

²²³ CAPPELLETTI, 1984, p. 67.

²²⁴ FAVOREU, 2004 pp. 17-18.

²²⁵ SILVA RAMOS, 2010, p. 68.

²²⁶ SILVA RAMOS, 2010, p. 68. JORGE MIRANDA não compartilha da opinião expressa por SILVA RAMOS, admitindo que um número reduzido de órgãos, possa fiscalizar concentradamente a constitucionalidade das leis. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991, Tomo II, p. 382, grifamos: “em alguns casos, a adaptação do sistema levou à concentração em supremos tribunais, através do recurso obrigatório ou de outras formas, **com reserva** ou primado de apreciação de inconstitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às leis cantonais, únicas suscetíveis de controlo jurisdicional), alguns países do *Commonwealth* e da América Latina, Irlanda, Filipinas”.

²²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53.

²²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 61.

competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição”.²²⁹ Admite competir ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade, mas com a ressalva de atender regra constitucional de distribuição de competência. Reconheceria o sistema *misto*, ou seja, simultaneamente *difuso* e *concentrado*, na hipótese de “*determinada categoria de atos legislativos ficasse submetida apenas ao controle de constitucionalidade exercido por um único tribunal, ao passo que os demais atos legislativos estariam sujeitos ao controle difuso*”.²³⁰

Em nosso entendimento existe a possibilidade de modelos *mistos*. É óbvio que quando se entrega a função de controle a mais de um órgão, o controle de constitucionalidade é *difuso* (visto não estar *concentrado*) e quando se *concentra* tal atividade em um Tribunal Constitucional, estamos diante do controle *concentrado*. Pensando-se em *polaridades*, em *dualidades*, a resposta será sempre esta: ou *concentra-se* o controle, ou o mesmo aparece *difusamente* por todo o ordenamento jurídico. O problema está em saber como se denominam os modelos que aproximam *concentração*, via ação direta, com técnicas difusas, em que cada juiz e tribunal pode deixar de aplicar uma norma por entendê-la contrária à constituição.

Se há dois modelos mais puros (americano e europeu), há uma via intermediária que oscila este grau de pureza, a ponto de se colocar em dúvida se impera a *concentração* ou a *difusidade*. É óbvio que ao afastar-se da *concentração*, ruma-se à *difusidade*, e ao afastar-se da *difusidade*, aproxima-se da *concentração*. E que se pensando assim, chega-se a modelos puros, ou impuros; *difusos* ou *concentrados*. Mas a diversidade de modelos é tamanha, as experiências vividas são tantas, que não podemos negar *a priori* técnicas, por que não dizer, *modelos “mistos”*, que combinam elementos europeus e norte-americano.

O exemplo *uruguaio* ilustra bem nossa problematização. Lá existe modelo *concentrado de constitucionalidade*, ou seja, somente a *Corte Suprema* pode deixar de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional; mas de outro lado a questão nunca chegaria à *Corte Suprema* pela *via de ação direta*. É um modelo que de um lado concentrada o

²²⁹ SILVA RAMOS, 2010, pp. 69-70.

²³⁰ Ibidem, pp. 69-70.

poder de rechaço na *Corte Constitucional*, mas de outro lado restringe o acesso dela somente pela *via difusa*. Veja que este modelo sendo *concentrado* opera *difusamente* por todo o judiciário, mas nenhum juiz ordinário, ou tribunal que esteja abaixo da Corte Suprema possui o poder de deixar de aplicar uma norma por entendê-la contrária à Constituição.

É importante dizer que nossa tese critica os “*modelos mistos*”. Entendemos necessário ao controle de constitucionalidade técnica exclusivamente cumulada em Tribunal Constitucional. Nossas conclusões por tal modelo procedem da *teoria dos fins e funções* do Estado, que em síntese sustentam ser irracional entregar a *função de controle* e de *aplicação das leis* ao mesmo órgão. Assim que ao Tribunal Constitucional reservar-se-ia a *função de controle*, e aos juízes e tribunais ordinários a *função de aplicação* das leis aos fatos.

Destarte, não podemos negar tendência moderna existente na Ibero-América que busca combinar, cada vez mais, técnicas de ambos os modelos (*difuso e concentrado*). Cabe destacar que não estamos sozinhos neste desiderato. BREWER CARÍAS²³¹ sustenta a existência de modelos mistos, em dezenas de artigos, e em diversos livros. É seguido por constitucionalistas outros, tais como FERNANDEZ SEGADO²³², GARCÍA BELAÚNDE²³³, PIZA ROCAFORT²³⁴, PIZA ESCALANTE²³⁵. Cabe registrar, apenas para ilustrar o estágio do controle de constitucionalidade na Ibero-Americano, tese de

²³¹ Ver parte II, onde desenvolvemos o impasse dos modelos mistos na Ibero-América, mas de momento podem ser consultadas as seguintes obras-artigos de BREWER-CARÍAS: **El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. 1995; _____, 2011; _____, **El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999**. Caracas: Editora Jurídica Venezolana, 2000; _____. **Judicial Review in Venezuela**. Lecture given in Duquesne University School of Law, Pittsburgh, November 10th, 2006. Disponível em <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.%204.%20502.%20Judicial%20Review%20in%20Venezuela.%202006%20Duquesne%20Nov.%202006%20Revised%20version.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2011; _____. **Judicial Review in Comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

²³² Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 1ª ed., Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997, p. 37 e ss.

²³³ GARCIA BELAUNDE, Domingo. La Jurisdicción Constitucional en Peru. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, s.l., 1997. p. 837

²³⁴ 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: Universidad Complutense, nº 15, 1989, p. 26.

²³⁵ PIZA ESCALANTE, Rodolfo. Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica. In: **Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano**, 1ª ed., s.l., 1995, p. 113 e ss.

PIZA ROCAFORT, ao sustentar existirem *quatro* modelos de *controle de constitucionalidade* no *direito comparado*. Retirante os clássicos modelos *difuso* (norte-americano) e *concentrado* (europeu). Existiram outros dois, mas deixemos o próprio falar:

Los otros dos modelos son derivaciones o mixturas del difuso y concentrado. Existe un modelo que podemos llamar mixto, que es el que adoptan países como Colombia, Costa Rica, Honduras, Venezuela y Uruguay. Según este sistema, el control de constitucionalidad es concentrado, pero en un órgano del poder judicial (precisamente en el órgano supremo). Sus decisiones, aunque parten de un caso concreto, tienen valor de derogatoria *erga omnes* (excepto en el caso de Uruguay).

El cuarto modelo lo podemos llamar múltiple, porque no realiza una síntesis de ambos sistemas, sino una yuxtaposición o suma de los dos primeros. A la par del control difuso de constitucionalidad por los jueces (*judicial review*), opera un control concentrado en un órgano distinto del judicial: el Tribunal Constitucional. Son los casos de Perú y Guatemala. Los constituyentes de ambos países parecen haber querido extremar la protección – quizá por desconfianza en cada uno de los sistemas de protección cuando actúan por separado –, y entonces arbitraron y reconocieron a todos, cuando la vigencia efectiva y completa de uno solo de ellos sería suficiente para proteger la libertad y la supremacía constitucional. Un *judicial review* o un control en un Tribunal Constitucional o en una Corte Suprema, bien estructurado y, sobre todo, bien aplicado en toda su extensión por jueces independientes y valientes, bastaría o sería suficiente para la protección efectiva de los derechos e instituciones constitucionales²³⁶.

Esta justaposição de modelos identifica configurações mistas à Ibero-América. Mas desprendendo-nos dos nomes, e analisando a realidade concreta, entendemos irracional a *fusão orgânica* do direito de rechaço da lei a dois órgãos distintos, tais como *juízes ordinários* e *Tribunais Constitucionais*. Para nós a função de controle é competência exclusiva dos *Tribunais Constitucionais*. Se aos juízes ordinários for entregue além da *função de aplicar a lei, a de controlá-la*; teremos um impasse: aplicação e controle serão exercidos pela mesma pessoa. Quem *aplica* não *controla* e vice-versa. Demonstramos pelo estudo dos *fins e funções* do Estado a irracionalidade da

²³⁶ PIZA ROCAFORT, 1989, p. 27.

fusão dos fins últimos com os fins próximos; portanto, da *função de controle* com a *função de aplicação*.

Proporemos a seguir nova terminologia ao controle de constitucionalidade, qual seja, controle cumulado e separado. Entendemos que esta nomenclatura ajuda a diferenciar melhor a *função do juiz* e a *função dos Tribunais Constitucionais*. Ou a *função* é separada da *jurisdição ordinária*, ou a *função* é cumulado com a *jurisdição ordinária*. Esta nomenclatura proposta por FERRERES COMELLA é relacional entre as jurisdições, pois considera como critério distintivo entre ambas estarem cumuladas ou separadas. No tópico seguinte desenvolveremos a tese da *cumulação* ou *separação* das jurisdições segundo este constitucionalista espanhol, bem como trataremos da expansão do modelo norte-americano e europeu.

CAPÍTULO 3º - CONTROLE CUMULADO E SEPARADO: A NOVA TERMINOLOGIA APLICADA AO CONTROLE E A EXPANSÃO DOS MODELOS CLÁSSICOS

27. Introdução

Os fins e funções do Estado desenvolvidos nos tópicos precedentes, partindo de JELLINEK, passando por CAETANO, KELSEN, LOEWENSTEIN, e SOUZA JUNIOR demonstraram a existência de *dois campos* (*jurídico* e *político*), *seis poderes*, Chefe de Estado, Chefe de Governo e Administração, no campo político; Tribunal Constitucional, Parlamento e Juízes, no campo jurídico. A cada poder é entregue *uma função*, que respectivamente são designadas de função *moderadora*, *governamental* e *administrativa*, no campo político; e de função *controladora*, *legislativa* e *jurisdicional* no campo jurídico.

Nos *fins últimos*, levando-se em conta o campo *jurídico* e *político*, alocam-se os poderes da *Chefia de Estado* (função moderadora da política) e do *Tribunal Constitucional* (função controladora do direito). Nos *fins intermediários*, levando-se em

conta o campo *jurídico e político*, alocam-se os poderes da *Chefia de Governo* (função governativa da política) e do *Parlamento* (função legislativa do direito). Nos *fins próximos*, levando-se em conta o campo *jurídico e político*, alocam-se os poderes da *administração* (função administrativa da política) e dos *juízes* (função jurisdicional do direito).

Nosso enfoque, nesta tese, ficará restrito aos *fins últimos* e *fins próximos* do campo *jurídico*, ou seja, atrelado à função de *controle* do Tribunal Constitucional e à função de *aplicação* da lei aos casos concretos. O controle de constitucionalidade, em geral; a aplicação da lei, em especial são os mecanismos que temos que lidar. Somente na parte segunda, restrita à Ibero-América, analisaremos sistemas jurídicos concretos e bem delimitados. Tais sistemas são denominados pela doutrina de “*mistos*” e, portanto, há uma justaposição entre as categorias clássicas – americana e europeia – num mesmo país. Mas antes de analisarmos os quatro países “*mistos*” selecionados; aprofundaremos a tese da necessidade de separação das jurisdições como dado objetivo do problema.

FERRERES COMELLA, em tese de doutoramento e em artigos específicos sobre o tema, enxerga a matéria do controle de constitucionalidade de uma forma diferente. A maneira que ele distingue as funções de *controle* e *aplicação* das leis é original. Aporta, portanto, uma maneira nova e ensaia, podemos dizer, a construção de uma nova nomenclatura à teoria do controle de constitucionalidade. É certo que sua preocupação está em defender a superioridade do *modelo norte-americano*, sobre o *modelo europeu*; bem como em demonstrar que os Tribunais Constitucionais europeus são mais *ativistas* que a Suprema Corte norte-americana.

As páginas subsequentes da parte primeira, portanto integrantes do capítulo terceiro e do capítulo quarto analisam o pensamento de FERRERES COMELLA. Sendo que o capítulo terceiro, além de explorar o pensamento do Constitucionalista espanhol, verifica o controle de constitucionalidade na experiência norte-americana e europeia. Por óbvio, não esgotamos o tema, mas analisamos as peculiaridades genéricas pertinentes àquelas realidades. Em seguida, finalizando o capítulo terceiro, a preocupação foi verificar como se expandiu o modelo norte-americano de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*, bem como a expansão do modelo europeu de estrutura *separada-centralizada-dualista*.

28. Para uma nova tipologia do controle de constitucionalidade

FERRERES COMELLA contribuiu ao controle de constitucionalidade. Pesquisou em profundidade o modelo americano, pois se doutorou por Yale, escrevendo tese no tema da *Justicia Constitucional y Democracia*.²³⁷ A comparação do sistema americano com o sistema europeu é apresentada em profundidade, bem como de forma original, pois FERRERES COMELLA tem o privilégio de lecionar tanto na Espanha, quanto nos Estados Unidos da América, como professor convidado. O debate travado em seus escritos demonstra conhecimento não somente no sistema espanhol, mas também de boa parte dos países europeus²³⁸. O direito comparado foi o ângulo privilegiado pelo qual esboçou a teoria de *cumulação e separação* das jurisdições.

Sugere FERRERES COMELLA uma mudança de nomenclatura à tipologia clássica (*difusa e concentrada*), que a nosso entender, seria mais racional à classificação dos modelos. Teríamos assim, de um lado o ‘*modelo centralizado*’ de jurisdição constitucional, pelo qual um único tribunal teria competência para invalidar leis contrárias à Constituição; de outro lado o tradicional modelo aplicado nos Estados Unidos da América, intitulado ‘*modelo descentralizado*’ de justiça constitucional, pelo qual todos os tribunais, de cima a baixo, podem deixar de aplicar as leis por entendê-las contrária à constituição²³⁹.

Para FERRERES COMELLA é necessário analisar o processo histórico-político²⁴⁰ de cada país. Se dentro de uma cultura determinada o papel do juiz deve ser mais ou menos ativista. Se o juiz é eleito. O número e a relevância das funções que ele

²³⁷ FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, *passim*.

²³⁸ Áustria, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Irlanda, Grécia, Holanda, Reino Unido, Itália, Espanha e Portugal, entre outros. FERRERES COMELLA, Víctor. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? Oxford University Press and New York University School of Law. **ICON**, Vol. 2, n. 3, 2004, pp. 461-491; _____. **Is the european model of constitutional review in crisis?** Disponível em: <http://www.unime.it/congressi/italo_spagnola/Comella.doc>. Acesso em 19set. 2005.

²³⁹ FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁴⁰ Ver o devido processo histórico de RADBRUCH. Gustav. **El Espíritu del Derecho Inglés**. Madrid/Barcelona: Macial Pons, 2001, *passim*.

será instado a fazer. Em termos gerais, verificar as expectativas generalizadas acerca do papel que corresponde aos juízes, quais são as conexões entre os juízes e tribunais ordinários e os tribunais superiores, bem como a relação da jurisdição nacional com a eventual existência de Tribunais supranacionais. Todos estes fatores auxiliam o bom desenvolvimento das instituições em geral, e ao poder judiciário em especial²⁴¹.

A nova tipologia do controle de constitucionalidade apresentada por FERRERES COMELLA estrutura, em nosso entendimento, a correta designação das *funções políticas* do Estado. Se nossa tese estiver certa e se aceitarmos que a *função dos fins últimos* (controle) não pode ser cumulada com a *função dos fins próximos* (execução, aplicação) esta nova nomenclatura expressará, com maior clareza, a necessidade de separação das *funções dos fins últimos e fins próximos do campo jurídico*. Cumulação e separação da função de controle de constitucionalidade coloca a questão, em nosso entendimento, de forma mais visível. Necessário se faz, portanto, aprofundarmos a tese do constitucionalista espanhol sobre o controle de constitucionalidade de estrutura dualista.

29. Modelo de controle de constitucionalidade de ‘estrutura dualista’

O ‘*modelo centralizado*’ de justiça constitucional, para FERRERES COMELLA, está baseado em *estrutura dualista*, uma vez que divide o poder judiciário em duas partes: (1) “*Tribunais ordinários*”, por um lado; e (2) “*Tribunal Constitucional*”, por outro. Os primeiros exercem “*função judicial*”, ou seja, aplicam a legislação do parlamento aos casos concretos. É um exame das leis com os fatos. O segundo exerce “*função constitucional*”, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis. É um exame das leis com a constituição. Em sentido contrário, temos o “*modelo descentralizado*” (dito americano), baseado em *estrutura monista*, pois existe uma única judicatura que exerce as duas funções – ordinária e constitucional – ao mesmo tempo.

²⁴¹ FERRERES COMELLA, 2005a.

Assim, no modelo americano, não somente a Suprema Corte pode deixar de aplicar uma lei ao caso concreto, mas todos os juízes e tribunais²⁴².

Para FERRERES COMELLA o modelo de *estrutura dualista* (europeu-centralizado) possui, ao menos, três vantagens se comparado com o modelo de *estrutura monista* (norte-americano-descentralizado), são elas: (1) possibilidade de configurar o Tribunal Constitucional de modo distinto dos tribunais ordinários; (2) possibilidade de se optar por um procedimento mais político para selecionar os membros do Tribunal Constitucional, enquanto reservar-se-ia aos juízes ordinários um procedimento mais “burocrático” ou “profissional”; e, por fim, (3) estabelecer um mandato limitado no tempo aos juízes do Tribunal Constitucional, enquanto se outorgaria aos juízes ordinários cargo vitalício²⁴³. A *estrutura dualista* oferece uma margem maior de manobras do que a *estrutura monista*.

A tese de FERRES COMELLA quer sustentar uma margem de manobra maior aos países que adotam *estrutura dualista*. Separando a jurisdição ordinária da função de controle dos Tribunais Constitucionais, *per si*, facilitaria a configuração distinta destes; em relação àqueles. Tal raciocínio é pressuposto pelo autor. Talvez porque esteja pensando nos modelos existentes, *in abstracto*. Esteja enxergando a realidade da separação das jurisdições pelos exemplos. Ou mesmo julgando que é assim, porque se enxerga assim. Mas a premissa de FERRERES COMELLA não se sustenta se considerarmos a realidade dos fins e funções do Estado.

A organização das funções de controle e de aplicação das leis, pela via cumulada ou separada, de estrutura monista ou dualista, centralizada ou descentralizada de nada mudaria a configuração dos Tribunais Constitucionais. Ou seja, a forma de configuração dos Tribunais Constitucionais não está subordinada, ou fortemente entrelaçada com a cumulação ou separação das jurisdições. A configuração dos Tribunais Constitucionais não passa de uma opção política, tanto quanto a cumulação ou separação das jurisdições. Assim, poderemos ter jurisdição de estrutura monista, em que a indicação dos Ministros leve em consideração elementos políticos. O mesmo poderia ocorrer na

²⁴² Tal matéria deve ser vista com ressalvas no modelo norte-americano. Verificamos tais peculiaridades no item 31, intitulado: Controle de constitucionalidade na experiência norte-americana: modelo de estrutura cumulada-descentralizada-monista.

²⁴³ FERRERES COMELLA, 2005a.

estrutura dualista. Quanto a vitaliciedade dos cargos, nada obstará serem vitalícios os cargos da jurisdição ordinária, enquanto que reservar-se-ia aos Ministros do Tribunal Constitucional mandato fixo de oito anos, dez anos, seis anos.

As hipóteses de trabalho de FERRERES COMELLA partem de um pressuposto, de uma pré-compreensão dos modelos. Que haja uma preponderância política na seleção dos Ministros dos Tribunais Constitucionais, bem como a definição de mandato fixo, quando a estrutura é dualista, podemos concordar. Mas que isto seja regra, e que de tal regra extraíamos elementos diferenciadores dos modelos cumulados e separados como dogmas; não podemos concordar. Destes pressupostos não se extraem estas consequências. Podem ser preponderantes, tais características, nos modelos de estrutura dualista; mas não a regra.

As conclusões de FERRERES COMELLA, sobre o modo de configuração dos Tribunais Constitucionais e dos tribunais ordinários, admitem outros desdobramentos. Ou seja, suas considerações apriorísticas na relação das “*jurisdições*” admitiriam outras configurações. Os Ministros dos Tribunais Constitucionais poderiam ser eleitos por sufrágio direto. Indicados pelo Chefe do Executivo, com chancela do legislativo. Podem ser concursados. Podem exigir composição bastante heterônoma, em razão das funções que irão exercer. O mandato pode ser vitalício, ou por prazo fixado. A configuração dos tribunais ordinários também admite uma variedade de configurações. Os juízes ordinários podem ser eleitos, indicados politicamente com chancela do Senado. Concursados, e neste caso o mandato seria vitalício. Se eleitos cumpririam um mandato por prazo fixado...

Retirante a pluralidade de configurações possíveis aos Tribunais Constitucionais e aos tribunais ordinários, caberia perguntar: haveria um modelo de configuração das jurisdições, levando em conta a teoria dos fins e funções do Estado, mais racional? Nossa resposta é sim. Como os Tribunais Constitucionais exercem função de controle das leis. E esta função tem por base proteger os valores inseridos no texto constitucional. Entendemos, portanto, que na composição dos Tribunais Constitucionais os critérios jurídicos não podem ser os únicos a serem levados em conta. Llorente mencionava que a função de controle deveria ser exercida por Ministros de “*diferentes sensibilidades*”. No plano dos fins últimos, a função de controle enfrenta problemas jus-

políticos. Quanto mais complexa é a questão, quanto mais valorativo e constitucional for o assunto, mais os campos se imiscuem, sendo razoável, portanto, a combinação de critérios de seleção, nem estritamente político, nem estritamente jurídico; mas jus-político²⁴⁴.

De outro lado, a função jurisdicional dos tribunais ordinários há de ser técnica, para não dizer burocrática. O juiz da base do ordenamento jurídico, vinculado aos fatos, deve aplicar leis. O critério de seleção há de ser o concurso público de provas e títulos. A seleção não deve levar em consideração elementos políticos; mas técnicos. Releva-se, para esta função, o conhecimento e o bom manejo dos institutos jurídicos *stricto sensu*. A margem de apreciação do juiz deve ficar dentro dos critérios da equidade. Pode conformar, interpretar e colmatar lacunas da lei. Utiliza-se dos costumes, da analogia, dos princípios gerais do Direito, mas sempre buscando a constitucionalidade das leis, pois o direito de rechaço (controle) cabe, concentradamente (separadamente), à função dos fins últimos.

O mandato dos Ministros dos Tribunais pode ser vitalício ou por prazo determinado. O tempo de permanência no cargo não é o fator determinante à função de controle. O que importa é que nos critérios de seleção dos magistrados dos Tribunais Constitucionais leve-se em consideração critérios jus-políticos. Deve-se evitar, entretanto, que o Chefe do Poder executivo indique mais da metade dos membros do Tribunal Constitucional. Pois a indicação leva em consideração aspectos ideológicos. Caso o Presidente indique a maioria dos Ministros pode vir a quebrar com a neutralidade e pluralidade devida aos Tribunais Constitucionais.

Não desconhecemos, entretanto, que a realidade do *common law*²⁴⁵ é distinta da realidade *romano-germânica*. Os sistemas de direito apresentam peculiaridades próprias, que da sua generalidade e similaridade pode-se extrair consequências comuns ao controle de constitucionalidade. A função precípua de operacionalidade do Direito em família de *common law* é dar solução a um processo, trabalhando pelo precedente

²⁴⁴ SOUZA JUNIOR, 2011.

²⁴⁵ Sobre o funcionamento do *Common Law*, ver: RADBRUCH, 2001, *passim*. MACILWAIN. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, *passim*. POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Norwood: Marshall Jones Company, 1921, *passim*; DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim*.

onde atua, não de forma abstrata, mas a partir de um caso concreto. Assim, a lei, o costume, a jurisprudência, a equidade e os princípios gerais do Direito exercem funções distintas em realidades estatais específicas. A “lei”, neste sentido, em País de *common law* não exerce a mesma função em País *romano-germânico*. Da mesma forma, o costume em País *romano-germânico* não exerce a mesma função em País de *common law*²⁴⁶. A eleição de juízes aparece mais nos modelos da *common law*, já que nos modelos *romano-germânico* tendem a ser concursados e vitalícios.

Outro fator importante diz respeito à composição dos Tribunais Constitucionais. Se a função constitucional de controle da lei releva critérios políticos e jurídicos, a composição do mesmo deve ser o mais plural possível. Assim, a composição deve heterônoma, preservando-se, é claro, os requisitos da conduta ilibada e notável saber. Admitir-se-ia na composição desse tribunal juízes de carreira, professores catedráticos, advogados renomados, membros do Ministério Público.²⁴⁷ A sabatina do Senado, se houver, não deve ser *pro forma*, mas exigir realmente o domínio do conteúdo, notório saber. Verificar, por exemplo, as posições políticas do eventual magistrado, se é mais ou menos ativista. Se é conservador ou progressista. Deve o Senado sinalizar ao Judiciário que ele também está fiscalizando a fiscalização das leis.

Enfim, o modelo de estrutura *dualista-centralizado-separado* de jurisdições, ou o modelo de estrutura *monista-descentralizado-cumulado* de jurisdições, admitem configurações diversas entre os Tribunais Constitucionais e os tribunais ordinários. O melhor arranjo institucional não é tarefa fácil; porém não se mostra tão engessado como parece crer FERRERES COMELLA. Em verdade, é a partir da realidade concreta de um ordenamento jurídico dado, relevando sua história, seus institutos, sua tradição jurídica, seus líderes políticos, que encontraremos as justificativas para a adoção do modelo *dualista-centralizado-separado* em oposição ao modelo *monista-descentralizado-cumulado*, ou vice-versa.

²⁴⁶ SOUZA JUNIOR, 2002a, p. 81.

²⁴⁷ Interessante a leitura de: CAENEKEN, R. C. Van. *Judges, Legislators and Professors*. Cambridge: University Press, 1996, pp. 84,88-89; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. 2002, p. 100 menciona termos o (1) **direito-feito-pelo-juiz (Rule of Law)**; o (2) **direito-feito-pelo-professor (Rechtsstaat)** e o (3) **direito-dado-pelo-legislador (État Legal** que hoje evoluiu para o État de Droit).

30. Grau de “pureza” e “autonomia” no modelo de estrutura dualista

Contam os modelos de *estrutura dualista* – segundo FERRERES COMELLA – com um *grau de pureza* e um critério de *autonomia* em relação ao Tribunal Constitucional. A “*pureza*” refere-se à questão de se o controle de constitucionalidade da lei é ou não a única função que possui o Tribunal Constitucional. Pode o Tribunal Constitucional compartilhar com os tribunais ordinários a função “*ordinária*” de aplicar a legislação para resolver casos concretos. Deduz-se, daí, que a distinção entre *Tribunal Constitucional* e *tribunais ordinários* não é perfeitamente a distinção entre *função constitucional* e *função ordinária*²⁴⁸. Desta forma, o Tribunal Constitucional será tanto menos puro, quanto mais importantes forem as outras funções (ordinárias) e quanto maior for a carga de trabalho gerada por elas²⁴⁹.

Na linha de raciocínio desenvolvida à *pureza* dos Tribunais Constitucionais, FERRERES COMELLA elenca três *subespécies*, ou *modalidades* de configuração dos Tribunais Constitucionais: os (1) *absolutamente puros* (caso da Bélgica e de Luxemburgo); (2) os que levam a cargo outras funções, ainda que a principal seja o controle da lei (caso da França e da Itália), que na falta de melhor nomenclatura chamaríamos de *relativamente puros*; Por fim os (3) Tribunais Constitucionais que têm tantas competências sobre assuntos relevantes, que seria incorreto sustentar, na prática, que sua função principal seja o controle da lei (é o caso da Alemanha, da Áustria, da Espanha e de Portugal), que na falta de melhor nomenclatura, chamaríamos de *impuros*²⁵⁰.

A “*autonomia*” dos Tribunais Constitucionais – diferentemente do *grau de pureza* – refere-se à maneira, ao modo em que o Tribunal Constitucional está desligado/ligado do poder judiciário ordinário. O sistema constitucional atual pressupõe inter-relações entre os Tribunais Constitucionais e os Tribunais Ordinários. A função dos fins últimos e a função dos fins próximos não são estanques, travadas. Comunicam-

²⁴⁸ Sobre a separação dos poderes e a função correspondente a cada poder ver: SOUZA JUNIOR, 2002b, *Passim*; _____, s.d.; _____; Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, março de 2005, pp. 7-18.

²⁴⁹ FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁵⁰ FERRERES COMELLA, 2005a.

se, dialogam. Vinculam-se reciprocamente. É importante dizer que a operacionalidade do Tribunal Constitucional depende, em grande parte, do tipo de procedimento previsto para acioná-lo²⁵¹.

Assim, tomemos duas vias para impugnar uma lei perante o Tribunal Constitucional: (1) “*recurso de inconstitucionalidad*”, que permite à determinadas instituições públicas recorrer ao Tribunal Constitucional para atacar a constitucionalidade da lei. O recurso apresenta-se *directamente*, vale dizer, pela via *abstracta*; busca-se atacar a lei, via *ação direta*. (2) A segunda via é a “*cuestión de inconstitucionalidad*”, na qual, se um juiz ordinário estima que a lei aplicável ao caso que deve resolver é (ou *pode ser*) *inconstitucional*, deve *suspender* o procedimento antes de ditar a sentença e submeter a questão ao Tribunal Constitucional. Este é que irá dizer se a lei é ou não válida, para que em seguida o juiz ordinário possa finalmente resolver a questão²⁵². Tal técnica evita que casos semelhantes sejam decididos de maneira diferente, reforçando a segurança jurídica almejada por Kelsen.

Existe uma diferença importante nesses procedimentos. No caso de *recurso abstracto de inconstitucionalidade*, o Tribunal Constitucional não está ligado ao poder judiciário ordinário. Existe, entretanto, tal vínculo quando resolve uma questão suscitada por um juiz ordinário. Desse modo, a estrutura dualista é mais rígida na França (onde só existe recurso abstracto de inconstitucionalidade²⁵³) do que na Áustria, Bélgica, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Espanha, onde os juízes ordinários podem *suscitar inconstitucionalidade de lei* perante o Tribunal Constitucional. O Conselho Constitucional francês encontra-se, assim, em posição de maior “*autonomia*” frente aos

²⁵¹ FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁵² FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁵³ Com a reforma constitucional de 23/07/008, que inclui o art. 61-1 na Constituição francesa, foi criado o incidente prejudicial de constitucionalidade, regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, de 10/12/2009, que alterou a *Ordonnance* 58-1067, incluindo os arts. 23-1 a 23-13. O controle concreto e *a posteriori* é uma novidade na França, tendo entrado em vigor somente em 01/03/2010, conforme o art. 23-4 da *Ordonnance* 58-1067. A análise de Comellas é anterior a estas alterações e, no essencial, permanece válida, exceto, evidentemente, para a França. Sobre a reforma constitucional francesa, ver: ABBRINO, Federico. Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation. **GERMAN LAW JOURNAL**, Vol. 9, n. 10 (2010), p. 1297-1312, especialmente p. 1308. BON, Pièrre. El Consejo Constitucional Tras la Revision Constitucional de 23 de Julio de 2008. **CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO**. N. 34-35 (2008), pp. 192-224. Especialmente p. 196.

tribunais ordinários, em comparação com o que ocorre com os Tribunais Constitucionais dos demais países citados²⁵⁴.

Na Espanha e na Alemanha os indivíduos podem interpor “*recursos de amparo*” ao Tribunal Constitucional frente aos atos dos poderes públicos que lesionem direitos fundamentais das partes. Normalmente, antes de recorrer ao Tribunal Constitucional devem esgotar a via ordinária. Por meio do *recurso de amparo* (*Verfassungsbeschwerde*) se estabelece uma forte conexão entre os Tribunais Ordinários e o Tribunal Constitucional, visando, por óbvio dar maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre as partes²⁵⁵. Assim, tanto na Alemanha, quanto na Espanha, os Tribunais Constitucionais encontram-se em menor “*autonomia*” frente aos Tribunais Ordinários, se comparados com o Conselho Constitucional francês.

Em resumo, a estrutura dualista pode ser mais ou menos *rígida* em função do *grau de pureza* do Tribunal Constitucional, e do *grau de autonomia* deste em relação aos Tribunais Ordinários. Logo, quanto *mais funções* o Tribunal Constitucional desempenhar – à parte do controle de constitucionalidade – e quanto *mais fortes* forem seus laços com os Tribunais Ordinários, tanto *menos rígida* é a estrutura dualista. Ao passo que, quanto *menores forem* as funções desempenhadas pelo Tribunal Constitucional (à parte do controle de constitucionalidade) e quanto *mais fracos* forem seus laços com os tribunais ordinários, tanto *mais rígida* será a estrutura dualista, aproximando-se, por consequência, ao modelo centralizado de controle de constitucionalidade²⁵⁶.

Visto os modelos de estrutura *dualista* e *monista*. A *centralização* e a *descentralização* do controle de constitucionalidade. A jurisdição *cumulada* e *separada*, bem como o grau de *pureza* e *autonomia* dos Tribunais Constitucionais em razão dos Tribunais Ordinários, resultando, portanto, nos dois modelos clássicos, que aqui estamos chamando didaticamente de modelo de estrutura *dualista-centralizado-separado* de jurisdições, e modelo de estrutura *monista-descentralizado-cumulado* de jurisdições. Passo

²⁵⁴ FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁵⁵ FERRERES COMELLA, 2005a.

²⁵⁶ *Ibidem*.

seguinte será analisar o controle *monista-descentralizado-cumulado* na experiência norte-americana e o controle *dualista-centralizado-separado* na experiência europeia.

31. Controle de Constitucionalidade na experiência norte-americana: modelo de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*

O Controle de Constitucionalidade não é algo novo, nem inesperado nos ordenamentos constitucionais. Historicamente os *gregos* já se preocupavam com a hierarquia das normas jurídicas. Se contrastarmos as normas superiores (*Nomoi*) e os decretos ordinários (*Psefismata*) veremos, em caso de conflito normativo, a preponderância daquela sobre esta²⁵⁷. *Roma* seguiu o mesmo caminho, e é o que atesta a dupla magistratura, o Senado e o Tribunato²⁵⁸. Na *Idade Média* os escolásticos falavam da superioridade da *lei divina* e do *direito natural* sobre o *direito positivo*²⁵⁹. A escola *jusnaturalista* dos séculos XVII e XVIII, de Grócio à Rousseau²⁶⁰, sustentaria a existência de *direitos inatos* aos seres humanos, *intangíveis* e *irrenunciáveis*²⁶¹.

O modelo americano, fortemente vinculado ao direito inglês construiu-se, após a declaração de independência, pela via escrita. A ruptura com Jorge III impediu a continuidade natural que parecia haver entre os dois lados do Atlântico. Instaurava-se, por meio de regras escritas, uma nova ordem jurídica, até para reafirmar o laço, recém-quebrado, com a metrópole. FINER²⁶² já intuía uma história legalista à realidade dos americanos. Eram familiarizados com a *Magna Carta*, com os *Instrument of Government*

²⁵⁷ Os trabalhos nesta seara são inúmeros, por todos, ver: CAPPELLETTI, 1984, pp. 49 e ss. GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. 9ª ed. Paris, 1953, *passim*. Dentre os brasileiros ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2002, capítulo primeiro.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano-Modelo Europeo Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa**. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). 24 septiembre 2002. p. 10. Para os romanos a ordem jurídica somente se modificava pela vontade dos órgãos dotados de poder constituinte. MOMMSEN, Theodor. **Derecho público romano**. Trad. esp. Madrid, s. d. pp. 318 e ss.

²⁵⁹ Por todos ver: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Moya y Plaza, 1880.

²⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et C^a 1864, *passim*.

²⁶¹ CAPPELLETTI, 1984, pp. 49.

²⁶² FINER, E. S. **The History of Government**. New York: Oxford University Press, 1997, p. 1504.

de 1653, com as *Cartas Régias*, sem contar que o *Mayflower* não passava de um pacto dos puritanos dissidentes²⁶³.

Os norte-americanos cancelaram sua declaração de independência com a elaboração de um documento escrito, a própria Constituição dos Estados Recém Unidos da América. Com a instauração da República, da Federação, da Soberania, o *statute* supremo passa a garantir a independência do Judiciário perante o Legislativo e o Executivo. Eles rejeitaram a Soberania do Parlamento e criaram a Supremacia da Constituição²⁶⁴. Consequência natural de tal criação seria pensar nos meios pelos quais tal Supremacia poderia ser exercida. A fórmula nova, idealizada pelos norte-americanos, vem a ser o *judicial review*. Tal fórmula, colocada em prática no célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803, já era expressamente defendida por HAMILTON em data anterior²⁶⁵.

Nos Estados Unidos da América a Supremacia da Constituição é protegida, no campo jurídico, tanto pelos fins últimos no ato de controle exercido pela Suprema Corte, quanto na concreção do juiz nos fins próximos. É o judiciário que dá a última palavra acerca dos valores inseridos na Constituição, tendo por base um extenso manancial de princípios que compõem o *common law*. Há, entretanto, uma esfera atinente à política em que o *statute* não se abre à configuração do *law* do judiciário: *statute law*. Se quer dizer com isso a limitação expressa de o Judiciário adentrar na esfera legítima do Congresso. Ou seja, há um espectro de liberdade em que o Congresso legitimamente tem a última palavra “sobre o conteúdo político de um diploma legislativo²⁶⁶”.

Fora do espectro jurídico, a saber, em matérias de *policies*, a jurisdição (*adjudication*) subordina-se à legislação do Congresso. Dentro do espectro legítimo de atuação dos juízes, ou seja, em matéria de *principles*, a jurisdição se sobrepõe à legislação²⁶⁷. Tal sobreposição do jurídico sobre a legislação configura o *statute law*.

²⁶³ SOUZA JUNIOR, 2002a, p. 115.

²⁶⁴ DICEY dividia sua obra em duas partes. Soberania do Parlamento e Império do Direito justamente para mostrar a tensão existente entre esses dois ramos. DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianapolis: Liberty/Classics, 1982. A distinção de Dicey é medieval e remonta a BRACTON, como pode ser visto também em MACILWAIN, 1991, capítulo IV, p. 92 e ss.

²⁶⁵ SOUZA JUNIOR, 2002a, pp. 115-116; HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classic, 2003, ver: *paper* LXXVIII.

²⁶⁶ SOUZA JUNIOR, 2002a, p. 115.

²⁶⁷ É a tese de DWORKIN ao diferenciar, *principles e policies*. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Harvard: University Press, 1986, pp. 217 e ss; _____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1991, pp. 84 e ss.

Cabendo ao judiciário interpretar, revelar e aplicar a lei. A expressão no idioma inglês é em sua literalidade *judge-made-law*. Mas este *fazer-o-direito* implica, *ceteris paribus*, controlar o direito. Ou seja, pode deixar o juiz de aplicar o *statute* por entendê-lo contrário à Constituição. Tal função, porém, é cumulada na Suprema Corte e nos Tribunais Ordinários; é descentralizada, do topo à base, por todo o poder judiciário; optando-se pelo monismo de jurisdições.

Este o ‘*excepcionalismo norte-americano*²⁶⁸’; verdadeiramente a primeira constituição formal e solene da história, instauradora do modelo federativo, da soberania, e a contemplar o controle de constitucionalidade *monista-descentralizado-cumulado*. Acrescente-se, porém, que o artigo III da Constituição de 1787 faz menção à Supremacia do Judiciário e o respeito à Constituição; mas de forma alguma prevê expressamente o controle de constitucionalidade²⁶⁹. Foi pelas mãos de *Marshall*, em decisão célebre, por uma interpretação sistemático-política²⁷⁰ do texto Constitucional, que o Controle de Constitucionalidade foi coroado e definitivamente explicado, *in verbis*: “*principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*”²⁷¹.

Importante desmistificar, principalmente para os Ibero-Americanos, que a declaração de inconstitucionalidade não é prática diária do judiciário norte-americano. Por vários motivos a confrontação dos *statutes* com a Constituição não é a regra, mas exceção. A constituição americana é enxuta, contando apenas com VII artigos, XXVII emendas, em 224 anos. O Congresso norte-americano edita *stutes* em menor quantidade que o Brasil

²⁶⁸ O ‘*excepcionalismo norte-americano*’ é destacado de diversas formas. Orgulham-se, por exemplo, de nunca terem tido partidos fortes de esquerda. São orgulhosos, sociologicamente falando, de nunca terem copiado modelos prontos e acabados, mas por serem um modelo a copiar. LIPSET, Seymour Martin. **A sociedade Americana: uma análise histórica e comparada**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966; _____. **El excepcionalismo norteamericano: uma espada de dos filos**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000; _____. **Por que não houve socialismo na América?** Lisboa: Quetzal, 2001. _____. **Revolution and Counterrevolution: change and persistence in social structures**. New York: Anchor Books, 1970.

²⁶⁹ “Moreover, the absence of explicit references to judicial review in the Constitution is frequently thought to undermine – theoretically and historically, if not practically – the exercise of that power by American courts” in: EDLIN, Douglas E. *Judicial Review Without a Constitution*. **Polity**, Vol. 38, No. 3, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124590>>, p. 9; O mesmo é alertado por BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven and London: Yale University Press, s.d.

²⁷⁰ Sobre os métodos de interpretação, principalmente o sistemático, ver: MAXIMILIANO, 2008, p. 37 e ss.

²⁷¹ **MARBURY v. MADISON**, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <http://www.constitution.org/usssc/005-137a.htm> acessado em: 10 de outubro de 2011.

edita leis²⁷²²⁷³. Nem todo o judiciário, mas boa parte dele é composto por juízes eleitos, o que de certa maneira permite enxergar o papel do parlamento de outro ângulo. Sabe-se mais das suas dificuldades e da força contra-majoritária (*conter-majoritarian decision*)²⁷⁴ que o judiciário acaba exercendo em toda a declaração de inconstitucionalidade. Em verdade, os juízes do *common law* sentem-se pouco a vontade diante de uma lei do parlamento, e tão logo quanto possível fazem-na integrar o corpo de princípios do *common law*.

Para WALDRON:

A bill does not become law simply by being enacted, or taking its place in Halsbury or in the statute book. It becomes law only when it starts to play a role in the life of the community, and we cannot tell what law it is that has been created – until the thing begins to be administered and interpreted by the courts. Considered as a piece of paper with the stamp of parliamentary approval, a statute is not law, but only a possible source of law.²⁷⁵

Para RENÉ DAVID:

De qualquer modo, os juristas ingleses continuam a sentir-se pouco à vontade em presença das regras formuladas pelo legislador; eles as envolverão tão rapidamente quanto possível, sob a onda de decisões jurisprudenciais com vista à sua aplicação.²⁷⁶

Outra distinção importante a ser considerada sobre o controle de constitucionalidade *descentralizado-cumulado-monista* norte-americano nos foi

²⁷² No Brasil, após a Constituição de 1988 foram sancionadas, nada mais, nada menos, que 4,2 milhões de leis e normas federais, estaduais e municipais. Veja, São Paulo: Abril, edição 2236, ano 44, nº 39, 28 set. 2011.

²⁷³ Tal proliferação legislativa não fica reclusa ao Direito Brasileiro. ZAGREBELSKY constata o mesmo problema no cenário jurídico italiano, ironizando a “*máquina legislativa*” que governa o Estado. As compilações sobre “*Le leggi d’Italia*”, na primeira edição de 1963, constava de 33 volumes; quarenta anos depois, a compilação atingia a cifra de 78 volumes. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Ley, el Derecho y la Constitución*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 72, ano 24, set-dez de 2004, p. 11-24; _____, 2007, p. 39.

²⁷⁴ BICKEL, s.d., p. 16 e ss.

²⁷⁵ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 11.

²⁷⁶ DAVID, 2002, p. 16. Ver ainda, REVERBEL, Carlos E. D. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. In: AMARAL JR. José L. M. do. (org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 66-67.

apresentada por Douglas EDLIN ao diferenciar *Common Law Review*, *Judicial Review* e *Constitutional Review*. *Judicial Review* é gênero do qual *Common Law Review* e *Constitutional Review* são espécies²⁷⁷. Só se faz Controle de Constitucionalidade em casos excepcionais²⁷⁸, pois a regra é operar-se dentro dos limites já estabelecidos pelos princípios da *Common Law*. O *Statute* do parlamento não vincula o juiz, mas sim o sistema dos *precedentes* e do *stare decisis*. Reiteradas decisões formam o direito no *Common Law*, pois em país anglo saxão, como os Estados Unidos da América é importante que se diga, impera o *judge-made-law*.

EDLIN refere, ainda, que o controle dos atos legislativos vai assegurar a compatibilidade do *statute* com os princípios do *Common Law*, estabelecendo a técnica operativa do *Common Law Review* (corpo de princípios jurídicos em face do qual a ação legislativa é avaliada). A expressão *Constitutional Review*, por sua vez, é utilizada apenas para se referir ao controle dos atos legislativos, visando assegurar a compatibilidade do *statute* com os valores inseridos no texto da Constituição dos Estados Unidos. Assim, *Judicial Review* é o gênero do qual *Common Law Review* e *Constitutional Review* são espécies²⁷⁹. O primeiro compatibilizando o *statute* com o *common law*, do qual resultará o *statute law*; mas caso o *statute* venha a infringir os princípios da Constituição, cabe ao juiz e à Suprema Corte exercerem o controle de constitucionalidade *descentralizado-cumulado-monista*.

32. Controle de Constitucionalidade na experiência europeia: modelo de estrutura separada-centralizada-dualista

²⁷⁷ EDLIN, Douglas E. **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008, capítulo 8, intitulado: *Common Law Review*.

²⁷⁸ “Americans today think of judicial review as the process by which judges review legislation to ensure compliance with the United States Constitution and on **OCCASION** invalidate laws determined to violate the Constitution”. EDLIN, 2006, p. 9. Para RADBRUCH “el *statute-law* se ha limitado siempre a efectuar correcciones y a complementar el *common law* y ha cedido de buen grado estos principios y la mayor parte del campo de la elaboración jurídica”. RADBRUCH, 2001, p. 47.

²⁷⁹ “This term [*constitutional review*] is intended to refer only to review of legislative action to ensure compliance with the dictates of the United States Constitution. I will refer to the review of legislative action to ensure compliance with the principles of the *Common Law* as “*Common Law Review*”. As with *Constitutional Review*, I choose the term common law review to emphasize the body of legal principles against which legislative action is evaluated”. EDLIN, 2006, p. 11.

Do outro lado do Atlântico, no velho continente, a matéria ganhou contornos um pouco diversos. A universalidade da ideia de liberdade, o sentimento generalizado de proteção de uma esfera de valores essenciais aos seres humanos, fez com que no século XX, mormente após a década de vinte houvesse uma mundialização da ideia da justiça constitucional. As relações sociais tornam-se cada vez mais complexas e o papel do Estado aumentou tanto na execução de tarefas, quanto na tomada de decisões políticas fundamentais que dizem respeito ao todo; necessitando-se, cada vez mais, de um órgão defensor dos valores últimos do ordenamento jurídico e protetor das garantias fundamentais.

É com a queda dos governos autoritários que nasce boa parte dos mecanismos de justiça constitucional. Como exemplo, podemos citar a Alemanha, a Itália e o Japão após a Segunda Guerra Mundial; entre os países da Europa Meridional, também após a queda dos regimes autoritários, criam-se mecanismos de controle de constitucionalidade, como ocorreu na Grécia, em Portugal e na Espanha. Quanto aos Países da América Latina, após o desaparecimento das ditaduras, também nascem mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Por fim, aos países da Europa oriental, após a queda dos sistemas comunistas, criam-se tais técnicas de proteção dos direitos violados²⁸⁰. Ao que tudo indica a quebra da ordem democrática faz nascer mecanismos de controle, objetivando refrear os excessos do executivo, chancelados pelo legislativo, via Tribunais Constitucionais.

O modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *separada-centralizada-dualista* aplicado na Europa, opunha-se ao modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* aplicado nos Estados Unidos da América. A data inicial do controle europeu foi o ano de 1920, com a instauração da Corte Constitucional da extinta Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). Se nos Estados Unidos da América a função de rechaço da lei cumula-se em todos os níveis do poder judiciário; na Europa, tal função é entregue com exclusividade aos Tribunais Constitucionais²⁸¹. A manifestação do Tribunal pode ser provocada tanto por autoridades

²⁸⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, p. 12.

²⁸¹ Igualmente para FAVOREU “A justiça constitucional é concentrada nas mãos de uma jurisdição especialmente formada para tanto e que goza de um monopólio nesse domínio: o que significa que os

políticas, quanto por autoridades jurisdicionais. Inclusive os particulares gozam deste direito. As decisões prolatadas gozam, entretanto, de eficácia vinculante e ficam garantidas pelo manto da coisa julgada²⁸².

O modelo de controle de estrutura europeia (*separado-centralizado-dualista*), é importante que se diga, adotou técnica do modelo de controle de estrutura norte-americana (cumulada-descentralizado-monista), ao menos é o que atesta o processualista CAPPELLETTE, ao afirmar que Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça experimentaram técnicas do controle americano. Alemanha e Itália experimentaram também o controle “*dito difuso*”²⁸³, mas por poucos anos. Ocorre que, em tais modelos, (*romano-germânicos*) não existe o princípio do “*stare decisis*”, amplamente difundido nos sistemas da *Common Law*²⁸⁴.

O controle *cumulado-descentralizado-monista* norte-americano, da família da *Common Law*, aplicado no controle *separado-descentralizado-dualista* europeu, da família *romano-germânico*, sem o reconhecimento do princípio do “*stare decisis*” levaria, de uma forma ou de outra, à consequência de que uma mesma *lei* ou um *ato normativo* viesse a ser aplicado por alguns juízes, porque julgado constitucional; enquanto que desaplicado por outros juízes, porque julgado inconstitucional. Sem contar que o mesmo órgão do judiciário, que no passado aplicava uma norma entendendo-a constitucional, no futuro interprete-a como contrária à Constituição. CAPPELLETTI falava da possibilidade de se instaurar um “*contraste de tendências*” entre juiz e administração, entre órgãos judiciários de grau diverso²⁸⁵.

A ausência do princípio do *stare decisis* norte-americano no sistema europeu, responsável, em grande parte, pela previsibilidade das decisões e estabilidade daquele sistema, fez com que KELSEN levantasse a bandeira da segurança jurídica no modelo europeu²⁸⁶. A segurança é a certeza de previsibilidade. Saber as regras do jogo. Impõe ao

juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional” FAVOREU, 2004, p. 28.

²⁸² Ibidem, pp. 17-18.

²⁸³ Evitaremos tal expressão. Em nosso entendimento, mais racional ao controle é usarmos a nomenclatura cumulação ou separação das jurisdições.

²⁸⁴ CAPPELLETTI, 1984, p. 77.

²⁸⁵ Ibidem, p. 77. Ver ainda: FAVOREU, 2004, p. 21.

²⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 277 e ss.; _____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995, *passim*.

particular uma série de condutas previamente estabelecidas pela lei anterior, geral, abstrata e imparcial. Se o juiz, ao julgar a norma, em um caso concreto, quebra o pressuposto da segurança jurídica, declarando-a inconstitucional estará fazendo, porque não dizer: *lex ex post facto*²⁸⁷.

Quando o sistema de controle de constitucionalidade é *centralizado* em uma Corte Constitucional, e, por consequência, *separado* da jurisdição ordinária não há que se falar em quebra da segurança jurídica, pois o poder de *rechaço* da lei inconstitucional está *concentrado* no Tribunal Constitucional, sendo ele o único responsável por declarar a inconstitucionalidade das leis²⁸⁸. Não haverá decisões divergentes, e caso o juiz ordinário se depare com uma questão de inconstitucionalidade deve suspender o processo, e remetê-lo ao Tribunal Constitucional para que decida pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Na hipótese de inconstitucionalidade todos os juízes deixarão de aplicar a norma, garantindo a previsibilidade das relações sociais. Na hipótese de o Tribunal Constitucional entender que a norma não viola a constituição a matéria retorna à origem e o juiz deve julgar a contenda tendo por base a lei.

Após a análise do Controle de Constitucionalidade na experiência norte-americana do modelo de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* e do Controle de Constitucionalidade na experiência europeia do modelo de estrutura *separada-centralizada-dualista*, vamos nos debruçar sobre a expansão desses modelos. Os países passaram, normalmente, do controle por órgão político, para o controle por órgão jurídico. Inicialmente a função era exercida por todos os juízes e tribunais. Com o passar dos tempos, tal função foi sendo, cada vez mais, especializada em Tribunais Constitucional. A Ibero-América, oscilou entre o modelo europeu dualista e americano monista, chegando a adotar a justaposição entre ambos. Mas vejamos a expansão dualista e monista, para em seguida verificarmos a peculiaridade Ibero-Americana.

²⁸⁷ Ver estudo nosso REVERBEL, 2009, p. 102.

²⁸⁸ FAVOREU refere que “escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não temos mais confiança nos juízes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também”. FAVOREU, 2004, p. 23.

33. Expansão do modelo norte-americano de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*

O sistema norte-americano se impôs e sua força de expansão foi sentida em outros países e continentes. Em muitas ex-colônias inglesas, como Canadá, Austrália, e Índia o controle americano chegou. Foi o caso também do Japão – entre imitação e imposição – que acabou adotando o modelo pela Constituição Nipônica de 3 de maio de 1947. Até na Europa o modelo *cumulado-descentralizado-monista* norte-americano foi reconhecido. Na Suíça, juntamente com o recurso direto ao Tribunal Federal (*staatsrechtliche Beschwerde*, ou *recours de droit public*) previu-se um geral *richterliches Prüfungsrecht*, mecanismo limitado, entretanto, às leis cantonais. Por tal instrumento qualquer juiz possuía o poder-dever de não aplicar uma lei cantonal que contrariasse a Constituição Federal²⁸⁹.

Tanto o Direito *norueguês*, quanto o Direito *dinamarquês* seguem o modelo de jurisdição *cumulada-descentraliza-monista* norte-americano. As decisões prolatadas por seus tribunais relacionam-se às matérias ordinárias e constitucionais, sendo que a declaração de inconstitucionalidade exige muita prudência dos aplicadores, posto que rechaçar a lei por entendê-la contrária à Constituição é exceção e não a regra.²⁹⁰ O controle de constitucionalidade aplicado na Noruega e na Dinamarca, vem sendo aplicado, com as mesmas ressalvas de razoabilidade e temperança, na Suécia²⁹¹. Assim, podemos dizer que, a expansão do modelo norte-americano encontrou guarida tanto nas américas, quanto na Europa.

A expansão norte-americana transcendeu as fronteiras dinamarquesas, norueguesas e suecas, para ser sentida em países como Alemanha e Itália; países tradicionalmente ligados ao controle concentrado europeu, de jurisdição *separada* e o poder de rechaço das leis *centralizado* em Tribunal Constitucional. No passado, ainda que de forma breve, os

²⁸⁹ CAPPELLETTI, 1984, pp. 69-70.

²⁹⁰ In practice, though, courts in these Nordic countries very rarely find a statute unconstitutional. In Denmark, it was not until 1999 that the Supreme Court rejected a politically important statute as being contrary to the Constitution. In Sweden and Finland, the constitutions establish the “clear mistake rule”: only when the statute is unconstitutional beyond any reasonable doubt may a court set it aside for purposes of deciding the case. FERRERES COMELLA, 2004, pp. 461-491.

²⁹¹ CAPPELLETTI, 1984, p. 70-71.

alemães e os italianos, adotaram o controle norte-americano (*cumulado-descentralizado-monista*). CAPPELLETTI referenda nossas afirmações, pois faz referência à República de Weimar e à Itália dos anos 1948 a 1956, i. é., da entrada em vigor da Constituição “rígida”²⁹² de 1º de janeiro de 1948, momento em que, segundo ele, estes países foram seduzidos pela técnica do controle de constitucionalidade norte-americano.²⁹³

O modelo Norte-Americano espalhou-se pela Ibero-América como um todo. Aliás, a influência do controle *cumulado-descentralizado-monista* dos Estados Unidos expandiu-se a todos os cantos do planeta, com exceção da Inglaterra, quiçá o único país, até o presente momento, a ter ficado imune ao exemplo norte-americano²⁹⁴. Não faltaram, porém, países que recepcionaram mal este modelo, ou seja, adaptaram o modelo “*almejando a democracia*”, mas que no contexto e aplicação não passava de uma farsa. A União Soviética foi influenciada pela Constituição norte-americana apenas no nome, o que significa uma “*má-influência*” ou uma “*má-adaptação intencional*” do modelo, visto que o Soviete Supremo acatava, para não dizer aplaudia, as decisões dos governantes. PIZA ROCAFORT relembra o mesmo exemplo ocorrido nas ditaduras, e nos caudilhismos populistas nas Américas²⁹⁵.

A “*Constitución de los Estados unidos ha ofrecido el padrón del constitucionalismo en el mundo*”²⁹⁶. De outro lado, o lema era: “somos da América, queremos ser americanos”. Falava-se em Constituição dos Estados Unidos do México, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Constituição dos Estados Unidos da Venezuela. Era o modelo a ser copiado, o modelo a ser seguido, o País que deu certo, com instituições fortes, com democracia avançada, poderio econômico, superpotência. PIZA ROCAFORT elenca sete princípios daquela realidade, que influenciaram, não só os *latino-americanos*; mas também

²⁹² As Constituições *Rígidas* mesmo que admitam reformas e emendas dificultam o processo para modificá-las. As flexíveis, pelo contrário, podem ser modificadas de forma fácil, ou seja, alterar lei ordinária e constitucional não faz qualquer diferença, e edição de nova lei é a modificação do texto anterior, não importando hierarquia entre elas, pois sequer há tal hierarquia. As *semirrígidas*, de configuração híbrida, possuem partes rígidas e partes flexíveis, como a Constituição do Império do Brasil (25 de março de 1824) e o Estatuto Albertino (4 de março 1848). MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 61 e ss. Ver ainda, RIBEIRO BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 51 e ss.

²⁹³ CAPPELLETTI, 1984, pp. 71-2.

²⁹⁴ PIZA ROCAFORT, 1989, p. 11.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 12.

a evolução constitucional europeia. Por clareza da exposição, e para mantermos a originalidade do texto, deixemos PIZA ROCAFORT falar:

(1) La idea de un Derecho constitucional escrito contenido en un código sistemático, como plan de una organización del Estado, que se protege con la garantía de una supra legalidad; (2) la forma de gobierno republicano y democrático, que por vez primera se establecía como régimen en un país extenso, mostrando la viabilidad de un gobierno popular en contraste con la tradición monárquica europea; (3) el federalismo como vínculo de varios pueblos en una entidad superior; (4) las declaraciones de derechos garantizadas y efectivas y cuyos titulares pudieran hacerlas valer incluso frente al Parlamento; (5) el control de la constitucionalidad de los actos del Parlamento y de los poderes ejecutivos y descentralizados; (6) el presidencialismo como forma de gobierno; (7) el mecanismo de los pesos y contrapesos entre los poderes del gobierno central y entre los de éste y los de los estados, provincias, condados o municipios. Las dos últimas aportaciones, sin embargo, han influido poco en las instituciones europeas²⁹⁷.

Na parte segunda, analisaremos o controle de constitucionalidade aplicado a quatro países da Ibero-América (Peru, México, Venezuela e Colômbia). O modelo norte-americano influenciou diretamente a Argentina, que inclusive remanesce o único país da Ibero-América integralmente fiel ao modelo clássico norte-americano. Além da Argentina, outros nove países também foram influenciados por este controle, são eles: Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador e mesmo o Brasil. Mas estes países, com o passar do tempo, foram justapondo técnicas concentradas ao modelo inicialmente existente. A Ibero-América, em sua grande parte, adota técnicas existentes nos dois modelos tradicionais. Pode-se, inclusive falar na existência de um terceiro modelo de controle de constitucionalidade. Boa parte da doutrina, como já mencionado alhures, prefere chamá-lo de modelo misto, em que pese vozes divergentes sejam levantadas contra esta nomenclatura²⁹⁸.

O modelo de controle de constitucionalidade de técnica *cumulada-descentralizada-monista* norte-americano não foi o único a influenciar a Ibero-América. O modelo de

²⁹⁷ PIZA ROCAFORT, 1989, pp. 12-13.

²⁹⁸ É o caso de SILVA RAMOS, 2010, pp. 69-70.

controle de constitucionalidade de técnica *separada-centralizada-dualista* existente na Europa influenciou também a Ibero-América. Não podemos esquecer que os hispânicos foram colonizados pelos espanhóis, e influenciados diretamente pela constituição de Cádiz de 1812, bem como os brasileiros voltavam os olhos inicialmente ao direito português; posteriormente ao direito alemão, mas sem esquecer o direito norte-americano, principalmente na matéria do controle de constitucionalidade. Mas vejamos a expansão do modelo *centralizado* europeu.

34. Expansão do modelo europeu de estrutura *separada-centralizada-dualista*

A expansão do modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *separada-centralizada-dualista* europeu foi iniciado na Áustria, por inspiração de Kelsen, e daquela realidade, foi se expandindo a outras realidades. Retirantes as malfadadas tentativas de adoção na Tchecoslováquia, em 1920 e na Espanha, em 1931, países que de fato nunca tiveram oportunidade de exercitar o poder de controle de constitucionalidade das leis àquela época, o sistema concentrado foi adotado pela Alta Corte Constitucional da Áustria pela Constituição de 1º de outubro de 1920²⁹⁹. De lá para cá, o modelo ganhou contornos próprios, e foi sendo adotado por diversos países Ibero-Americanos e europeus, principalmente no pós-45.

Após a II Guerra Mundial, uma série de países adotaram Cortes Constitucionais, concentrando a função de rechaço da lei em um único órgão. Foi o caso da Áustria, que inclusive restabeleceu sua Corte Constitucional, em 1945; a Corte Constitucional italiana, em 1948, com a Constituição de 1º de janeiro de 1948; o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1949, com a Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949; a criação do Conselho Constitucional francês, em 1959, com a Constituição de 4 de outubro de 1958; a Corte Constitucional da República do Chipre, com a Constituição de 16 de agosto de 1960; a Corte Constitucional da Turquia, com a Constituição de 9 de julho de 1961; a Corte Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia, com a Constituição de 7 de abril de 1963, sendo a primeira entre as Constituições de um País de regime comunista a

²⁹⁹ CAPPELLETTI, 1984, pp. 72-3.

introduzir um sistema de controle de constitucionalidade das leis. A República Socialista Tchecoslovaca, pela Lei Constitucional n. 143, de 27 de outubro de 1968, atribuiu à Corte Constitucional o controle da constitucionalidade das leis. Permaneceu este controle, entretanto, só no nome, pois na prática nunca foi aplicado³⁰⁰.

Após a década de 1970, chamada por FAVOREU, como a terceira onda do controle concentrado europeu, tivemos a criação do Tribunal Constitucional de Portugal, em 1976, com a Constituição de 25 de abril de 1976, revista em 1982; o Tribunal Constitucional Espanhol, em 1978, com a Constituição de 29 de dezembro de 1978; a Corte Especial Superior da Grécia, em 1975, com a Constituição de 11 de junho de 1975; a Corte de Arbitragem da Bélgica, em 1983. Tal Corte influenciou a Europa do Leste, principalmente países como a Polônia (1985); a Hungria (1989), a Romênia e a Bulgária (1991); Albânia e República Tcheca (1992); Lituânia (1993); Eslovênia (1994); Rússia (1995); Armênia (1996)³⁰¹.

Recentemente, a própria Inglaterra repensou seu *modus operandi* jurisdicional. A *Constitutional Reform Act* de 2005 vai definir a competência da Corte Suprema na seção número 40. Tal documento modifica consideravelmente a matéria de competência jurisdicional inglesa, uma vez que retira a função jurisdicional do Comitê de Apelação da Casa dos Lordes, e do Comitê Judicial do Conselho Privado, entregando à Suprema Corte. A reforma de 2005 aloca na Corte Suprema a manifestação final em caso de apelação. Dentro da Inglaterra, esta Corte recém-criada, passa a ser o órgão máximo do Poder Judiciário; porém apartado do Parlamento inglês. A separação formal desta função vai configurar maior visibilidade ao judiciário e evitar confusões entre o que é atividade legislativa e o que é atividade jurisdicional³⁰².

A *Supreme Court* será composta por 12 *Judges*, todos indicados pelo Primeiro Ministro. Inicialmente a composição far-se-á pelos 10 *Lords of Appeal in Ordinary*, que compunham o *Appellate Committee* da Casa dos Lordes, além do *senior Lord of Appeal in Ordinary* e do *second senior Lord of Appeal in Ordinary*, que respectivamente ocupam o cargo de presidente e vice-presidente da *Supreme Court*. A solução inglesa para a migração

³⁰⁰ CAPPELLETTI, 1984, pp. 73-4; Ver ainda: FAVOREU, 2004, p. 16.

³⁰¹ FAVOREU, 2004, p. 16.

³⁰² SILVA, 2009, p. 46.

(do legislativo para o judiciário) desses *Lords* foi colocá-los no contexto de *retired Lords*, o que já aparece no texto do *Constitutional Reform Act* de 2005. De *retired Lords* passam para *Justices of the Supreme Court*³⁰³.

Outra mudança importante no sistema do Reino Unido foi a adoção do *Human Rights Act*, ato do parlamento que internalizou no ordenamento jurídico britânico a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Ou seja, antes dela não havia – formalmente falando – ato que protegesse os Direitos Humanos dentro daquele sistema. Após a adoção do HRA possibilitou-se a aplicação dos dispositivos da Convenção dentro do Direito interno. Recebendo, obviamente, o HRA valor de norma Constitucional. Outro fator que auxiliou o sistema do Reino Unido foi a adoção da *Corte Europeia de Direitos Humanos*. A partir de então, é possível contrastar decisões judiciais dos ingleses perante a Corte, no caso de pretensa contrariedade de dispositivo da Convenção. Tal revisão não cairia bem ao Parlamento inglês, tanto internamente, quanto externamente.³⁰⁴

Ato subsequente à internalização do HRA foi a adoção das chamadas “*declarações de incompatibilidade*”, bem como a introdução de “*controles prévios*” da conformidade dos atos do Parlamento à Convenção. O controle prévio, de fato, dar-se-á em dois casos específicos: (1) pela declaração de compatibilidade do *statute* com a Convenção, que dependerá do Ministro responsável da análise do *statute*. Tal análise ocorre previamente à tramitação legislativa; (2) pela instituição de uma comissão que analisará a conformidade do projeto de *statute*, com a Convenção³⁰⁵. Trata-se de um controle preventivo, mas o parâmetro é dado pelo direito internacional.

Quanto ao primeiro tópico, qual seja, declaração de incompatibilidade do *statute* com a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* verifica-se, na prática, ao menos, na pouca prática que o instituto nos permite analisar, uma grande cautela por parte juízes. Com isso se quer dizer que a incompatibilidade entre HRA e Convenção deve ser a exceção, e não a regra. O próprio HRA prevê que os juízes e tribunais deverão buscar uma interpretação – diríamos – conforme do HRA, com a Convenção. A declaração de incompatibilidade pode inclusive ser dada por Cortes Superiores, bem como pela Suprema

³⁰³ REINO UNIDO. **Constitutional Reform Act 2005**. Londres, 2005. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>>. Acesso em 05 dez. 2011.

³⁰⁴ SILVA, 2009, pp. 47-8.

³⁰⁵ Ibidem, p. 48.

Corte. Ao emitirem tal incompatibilidade do ato do Parlamento com a Convenção, esta emissão, por si só não tem caráter vinculante, ou seja, não suspende, nem revoga o ato, mas com certeza impacta o Parlamento³⁰⁶.

É cedo ainda para julgarmos como vai *evoluir* o “*controle de constitucionalidade*” do Reino Unido. Da mesma forma não podemos afirmar que ele é uma expansão do modelo *separado-centralizado-dualista* europeu, ou do modelo *cumulado-descentralizado-monista* norte-americano. Fato é que, a sua maneira, pelas suas instituições, com sua cautela, vai evoluindo o sistema inglês. Pode-se dizer, entretanto, que a Inglaterra está adotando um modelo muito próprio de controle dos atos do Parlamento, modelo que até o presente momento pode ser classificado como *sui generis*, uma vez que tenta exercer velha máxima: *mudar-conservando*.

Após a análise do Reino Unido, bem como das suas peculiaridades na técnica do “controle de constitucionalidade” dos atos do Parlamento, em relação à *Convenção Europeia de Direito Humanos* vamos fechar este tópico analisando a expansão do modelo *separado-centralizado-dualista* europeu à Ibero-América. Nosso estudo, nesta matéria, verificou que vários países Ibero-Americanos adotaram o modelo concentrado europeu. Se estudarmos o controle de constitucionalidade na América Central e na América do Sul, por exemplo, veremos a forte presença do modelo europeu-kelseniano nas obras de Direito Constitucional e Teoria do Estado.

Preocupados com a segurança jurídica idealizaram modelo centralizado em Tribunal Constitucional, onde o direito de rechaço é entregue unicamente aos fins últimos do Estado. Não cumularam – os Ibero-Americanos que adotaram o modelo europeu – com a jurisdição ordinária dos fins próximos do Estado, a função de controle. Tanto é que aos juízes ordinários (sem a existência do *stare decisis*) reservaram a função de aplicação das leis aos casos concretos. Não foi permitido aos juízes ordinários a declaração, *per saltum*, da inconstitucionalidade das leis.

Oito países da Ibero-América, ao menos, copiaram o modelo Europeu de controle de constitucionalidade. A Alemanha, tanto pelos avanços da Constituição de Weimar de

³⁰⁶ SILVA, 2009, pp. 48-9.

1919, quanto pelo pioneirismo no tratamento dos Direitos Sociais, políticos e econômicos³⁰⁷ era o modelo inspirador da época. Assim que Bolívia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai e Uruguai filiaram-se ao modelo de jurisdição *separada-centralizada-dualista* existente na Europa. E mais, tanto a Bolívia, quanto o Chile criaram um Tribunal Constitucional, nos mesmos moldes dos existentes no continente europeu.

CAPÍTULO 4º - CONTROLE CUMULADO E SEPARADO: DESDOBRAMENTO DOS PROBLEMAS

35. Introdução

Analizamos no Capítulo 3º a tese central de FERRERES COMELLA sobre o controle cumulado ou separado, sobre o grau de pureza e autonomia dos Tribunais Constitucionais. Verificamos a estrutura monista e dualista. Vimos ainda o controle de Constitucionalidade na experiência norte-americana (de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*) e na experiência europeia (de estrutura *separada-centralizada-dualista*), bem como a expansão de ambos os modelos à Ibero-América e às demais localidades que deixaram influenciar-se por tais modelos. O Reino Unido remanesce, talvez, como o único país a ter um modelo próprio de controle dos atos do Parlamento, não influenciado, nem pelo Direito europeu, nem pelo direito norte-americano. Por fim, contrastamos a cumulação e separação das jurisdições, com a terminologia antiga *difusa* e *concentrada*, bem como verificamos os *modelos mistos* de controle de constitucionalidade, que, segundo tese nossa, vem crescendo na Ibero-América, a ponto de se tornar o modelo dominante.

A tese de FERRERES COMELLA é inovadora e aloca a *função de controle* em termos mais precisos. A teoria dos *fins* e *funções* do Estado que estamos desenvolvendo é melhor compreendida pela nomenclatura adotada pelo constitucionalista espanhol. *Cumulação* e *separação* das jurisdições (constitucional e ordinária) é a terminologia que

³⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 4 e 14.

que queremos cunhar nesta tese. Entretanto, é importante dizermos que não concordamos com todas as considerações feitas por FERRERES COMELLA. Nossa tese adota a nomenclatura dele, mas discorda, em grande parte com os desdobramentos que dá aos modelos de controle de constitucional.

Razão pela qual no capítulo 4º analisaremos o restante das considerações de FERRERES COMELLA. A tese central que perpassa os textos do Autor está em demonstrar, de certa maneira, a superioridade do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, sobre o modelo europeu. Para ele a adoção do modelo de controle de constitucionalidade *separado-centralizado-dualista* apresenta uma série de dificuldades no tratamento das matérias constitucionais que vão desde a composição dos mesmos, até a ausência de jurisdição discricionária, de casuísmo minimalista, ou mesmo a dificuldade de evitar argumentos constitucionais recorrendo a argumentos de legalidade ordinária. Todos estes pontos serão tratados nos tópicos seguintes, bem como outros pontos que entendemos relevantes à pesquisa que ora se apresenta.

36. A “consciência” dos Tribunais Constitucionais

Neste ponto FERRERES COMELLA refere algumas ideias acerca das consequências de se adotar um *Tribunal Constitucional* mais puro como *Guardião da Constituição*. Assim, para ele está arraigada “na consciência dos Tribunais Constitucionais” a dificuldade de se rejeitar problemas constitucionais, e os motivos seriam: (a) pela *ausência de jurisdição discricionária*; (b) pela *ausência de casuísmo minimalista*, (c) pela dificuldade de *evitar argumentos constitucionais* recorrendo a argumentos de mera *legalidade ordinária*; (d) pela dificuldade de *evitar os argumentos constitucionais* por via *interpretativa*; bem como pela (e) *visibilidade e fragilidade* dos Tribunais constitucionais³⁰⁸.

O modelo de *estrutura dualista* tem por finalidade tornar visível e proteger o *nível dos fins últimos* do ordenamento jurídico, i. é., a Constituição de um país qualquer.

³⁰⁸ FERRERES COMELLA, 2005a.

Como grande parte dos países europeus sofreram os efeitos deletérios gerados pelas ditaduras, expressaram, cada um a sua maneira, modelo institucional em favor das novas constituições democráticas por meio do estabelecimento de Tribunais Constitucionais. FERRERES COMELLA refere como analogia o *desastre moral* do *nazismo* e do *fascismo*, momento em que os países europeus decidiram edificar uma nova constituição, um *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* que salvaguardaria tais direitos frente às violações perpetradas pelos Estados³⁰⁹.

A solução mais condizente com os valores da democracia, com os Direitos Fundamentais, e com os Princípios conquistados pelo Estado de Direito era a instauração de um Tribunal Constitucional. E assim o fizeram. Institui-se um novo *poder*, e a ele entregou-se nova *função*: a de controlar a constitucionalidade das leis. Foi este Tribunal erigido em *órgão supremo* e guardião dos valores constitucionais. Os Estados fazem uma opção política, e esta opção política implica mudanças institucionais. Tomando como fim a proteção do *meio ambiente*, o meio será estabelecer uma instituição que guarde aquele bem. Da mesma maneira que, para proteger os cidadãos dos efeitos negativos do *nazismo*, do *fascismo*, das guerras, das violações aos valores, cria-se uma instituição zelosa desses *fins últimos*.

O problema para FERRERES COMELLA não é em essência este; mas sim as consequências que a adoção deste *órgão*, com tal *função*, geraria nos poderes do Estado. Para o constitucionalista espanhol quando o *órgão* (Tribunal Constitucional) é criado, a ele entrega-se uma *função* determinada. Esta função faz com que o Ministro que ocupa aquele *cargo* fique “*sensível*” às questões constitucionais. Foi integrado naquela função pelos legisladores constituintes para garantir a supremacia da Constituição frente aos eventuais equívocos legislativos violadores dos valores fundamentais da sociedade³¹⁰. A sensibilidade é a chave da interpretação do texto do autor.

O que quer dizer “*sensível*” no contexto dos escritos de FERRERES COMELLA? Quer dizer que os Ministros tenderão pela inconstitucionalidade e ficarão sensíveis às queixas de inconstitucionalidade. Se o *órgão* foi criado tendo em vista à proteção dos *valores constitucionais*, e os Ministros do Tribunal Constitucional são os

³⁰⁹ FERRERES COMELLA, 2005a.

³¹⁰ *Ibidem*.

guardiões dos valores supremos do ordenamento jurídico, há uma tendência (e aqui a expressão usada foi “sensível”) primeiro, pela análise do caso; segundo, pela procedência do pedido de inconstitucionalidade. Ao agir assim o Tribunal Constitucional seria mais ativista que o Ministro da Suprema Corte. Aprofundaremos, neste capítulo, a discussão deste ponto.

37. Os Tribunais Constitucionais e a rejeição de problemas constitucionais

Alexander BICKEL explorou – *The Least Dangerous Branch* – no Direito Constitucional Norte-Americano as denominadas “*virtudes passivas*”. Todas as questões constitucionais controvertidas levadas à Suprema Corte só deveriam ser analisadas quando *estivessem maduras*. Este critério discricionário do juiz, oriundo do *writ of certiorary*, reforça um aspecto importante do *controle de constitucionalidade* dos Estados Unidos, o de selecionar casos, e mais, a virtude de ‘*decidir não decidir*’. Além das virtudes passivas, BICKEL sugere que a *Suprema Corte* deveria julgar a validade de uma lei aplicada a um caso concreto, sem extrapolar os limites do pedido formulado. Uma espécie de *contenção orientaria o juiz* a permanecer nos *estritos limites da demanda e do pedido*³¹¹.

As questões constitucionais, mesmo que relevantes, só receberiam a atenção do juiz constitucional quando, ao examinar o caso, constate-se que o mesmo não possa ser resolvido por argumentos de *mera legalidade ordinária*. Dito de outra forma: se o *juiz ordinário* puder resolver a questão recorrendo ao *ordenamento jurídico infraconstitucional*, não seria necessário acionar o *órgão de controle dos valores*. Advogou BICKEL pelo “*canon de la evitación*”, mecanismo que exigia dos juízes – se for possível, é claro – uma interpretação da lei “*conforme a constituição*”, evitando o problema da constitucionalidade³¹².

³¹¹ FERRERES COMELLA, 2005a.

³¹² Ibidem. Para as diversas regras de “*evitación*” ver a decisão do juiz Brandeis no voto Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U. S. 288 (1936), 346. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/297/288/>>. Acesso em 21 set. 2011.

No sistema de controle de constitucionalidade de estrutura *separada-centralizada-monista* o “*canon de la evitación*” apresentaria, para FERRERES COMELLA, maiores dificuldades de ser colocado em prática. O *Tribunal Constitucional* europeu não consegue cultivar as mesmas “*virtudes passivas*” que os Ministros da *Suprema Corte* norte-americana. O modelo de estrutura *separada-centralizada-monista* é, por natureza, “*anti-Bickeliano*”. Nos tópicos subsequentes, FERRERES COMELLA indica vários traços institucionais do modelo europeu, que comprovariam a tese do *ativismo* ínsito àquela realidade, em oposição ao modelo de BICKEL, que consegue cultivar bem as referidas “*virtudes passivas*”.³¹³

37.1. Ausência de jurisdição discricionária

FERRERES COMELLA aponta como uma das dificuldades do *Tribunal Constitucional* de estrutura *separada-centralizada-dualista* a ausência de jurisdição *discricionária*. Tal dificuldade procede do fato de o *Tribunal Constitucional* ser a única instituição competente para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Não faria sentido outorgar a um Tribunal o poder de selecionar os assuntos sobre o que decidir. Assim, se o caso é oriundo de um *juiz ordinário*, com o sobrestamento dos processos, ou de uma *instituição pública* competente para provocar o *Tribunal Constitucional*, ele tem que se pronunciar quanto ao fundo da questão, caso os pressupostos processuais da ação forem cumpridos. Caso o Tribunal Constitucional declinar da *função de controle da lei*, não haveria outro órgão capaz de verificar a conformidade dela com a Constituição. Logo, ou a lei é controlada pelo Ministro nos *fins últimos*, ou não seria controlada por mais ninguém.³¹⁴

É claro que FERRERES COMELLA admite situações *peculiares*, nas quais o *Tribunal Constitucional* poderia abster-se do conhecimento da validade constitucional de uma *lei*. Nem sempre estaria o Tribunal Constitucional vinculado à legislação ordinária. A *função* de controle não implica irrestritamente o *dever* de controle. Na Itália, por exemplo, quando o *Tribunal Constitucional* deixa de dar resposta a uma

³¹³ FERRERES COMELLA, 2005a.

³¹⁴ *Ibidem*

questão suscitada pelo *juiz ordinário*, não estaria *per si* dizendo que a lei é constitucional. Tal negativa interpreta-se no *sistema jurídico italiano* como simples recusa de apreciação da norma pelo Tribunal, logo, a decisão caberia a cargo do juiz ordinário, ou mesmo do legislador³¹⁵. Seria um caso de “*evitación*” do sistema jurídico da Itália.

De outro lado, se o *Tribunal Constitucional* compartilhar com os demais *juízes ordinários* o direito de *rechaço da lei*, a questão é um pouco diferente. No caso de o *Tribunal Constitucional* ter competência para conhecer *recursos de amparo* em matéria de *Direitos Fundamentais*, por exemplo, existe a possibilidade de introduzir algo parecido com o “*writ of certiorari*” da Suprema Corte Americana. No *recurso de amparo* o Tribunal Constitucional atua, basicamente, como *órgão* de última instância em relação a certas *questões jurídicas*. Neste contexto, FERRERES COMELLA sustenta que caso o *Tribunal Constitucional* não receba o *recurso de amparo*, tal postura não significa que não tenha havido *tutela judicial*, uma vez que o caso será examinado, na sua plenitude, pelos *juízes e tribunais ordinários*. Exemplifica que na *Alemanha* e na *Espanha* há uma tendência de se rejeitar os *recursos de amparo* que não pleiteiem objetivamente um *problema constitucional* que mereça atenção do Tribunal³¹⁶.

Nos Estados Unidos da América a situação é distinta. No contexto de um modelo de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*, a Suprema Corte pode selecionar os casos que quer decidir (por meio do *Writ of certiorari*, fundamentalmente). Se a *Suprema Corte* declina conhecer um determinado caso, isso não significa que não tenha havido *controle de constitucionalidade*, visto que os *juízes e tribunais inferiores* pronunciar-se-ão plenamente acerca da matéria, uma vez que compartilhem com a *Suprema Corte* o poder de deixar de lado um *ato do parlamento* por entendê-lo contrário à Constituição. A “*virtude passiva*” mais operante neste sistema seria um mal menor às partes litigantes no processo.

³¹⁵ BIANCHI, Paolo. *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*. Torino: G. Giappichelli editore, 2000, pp. 238-262. Ver ainda: FERRERES COMELLA, 2005a.

³¹⁶ FERRERES COMELLA, 2005a.

As premissas de FERRERES COMELLA não são as melhores, nem as mais moderadas. O simples fato de existir um *único órgão* responsável pelo *rechaço da lei* contrária à constituição, não quer dizer *per si* que o *Tribunal Constitucional* não possa selecionar os casos que deve decidir. A *lei*, para a doutrina clássica do Direito Constitucional, presume-se válida, ao menos até ser invalidada. O Direito, como vimos, apresenta um alto grau de politicidade. O ordenamento jurídico não se constrói só pelo campo jurídico, nem somente pelo campo dos *fins últimos* na atuação controladora dos Tribunais Constitucionais.

A questão carece de maior aprofundamento. Caberia perguntar, *nesto desideratum*: qual o papel do *legislativo*? Para que existe o *controle preventivo*? Qual a *função do executivo*, instado a se manifestar sobre os projetos de lei pela *sanção* ou *veto*? Para que serve o *processo legislativo* e seus mecanismos democráticos de elaboração das *leis*? A lei nasceria presumivelmente inconstitucional? Talvez FERRERES COMELLA esteja enxergando uma única dimensão do problema. É importante resgatarmos a concepção clássica de que a lei nasce constitucional. A inconstitucionalidade é a exceção e se for aplicada é, em certo sentido, *contra-majoritária*. O Direito não precisa de inconstitucionalidades diárias para ser um bom sistema. Tal *função* não deveria ser a regra, mas a exceção.

A *função de controle dos fins últimos* do Estado existe para preservar os *valores* e os *princípios* da Constituição. Assim, se a *legislação* do *nível dos fins intermediários* for condizente com os *valores* e *princípios* inseridos na Constituição, não há contrariedade, muito menos inconstitucionalidades. Os fins últimos são parâmetros comparativos. O excesso legislativo deve, contudo, ser contido. Mas a eficiência de um Tribunal Constitucional não pode ser medida pelo número de casos ele decide, nem pelo número de normas que ele retira do ordenamento jurídico. Como bom guardião dos valores da Constituição só estar presente já é o suficiente. Sua atuação é momento secundário, e até desprestigiadora da eficiência do *Parlamento*.

Acrescente-se ainda que, por vezes, a principal *função* do *Tribunal Constitucional* seja “*decidir não decidir*”. Entrega-se ao *Parlamento* a *função legislativa*, nem por isso se exige dele leis diárias. A todo o *poder* está ínsita uma *função*, mas a *função* exige moderação e cautela. A *função* admite condicionamentos,

pré-questionamentos. Saber em que medida é necessário, é adequado, é útil. Saber, por exemplo, se a sociedade está preparada à mudança. Se do legislador espera-se tal cautela, o mesmo é esperado do Tribunal Constitucional. A *interpretação conforme*, por exemplo, deve ser *preferida*, enquanto que a interpretação pela inconstitucionalidade deve ser preterida. Na dúvida a norma permanece pela *interpretação conforme* a Constituição.

A seleção dos casos a decidir é tarefa legítima do *Tribunal Constitucional*, de modo que não se torne um *órgão* revisor, de última instância, das decisões prolatadas pelos *tribunais ordinários*. Na realidade constitucional da *Alemanha* e da *Espanha*, vê-se claramente, a proliferação de *recursos de amparo* ao Tribunal Constitucional. Tal fato foi atestado pelo próprio FERRERES COMELLA. Sendo o Tribunal órgão de última instância, e permitindo-se a recorribilidade das instâncias inferiores, bem como conferindo ao recurso *efeito suspensivo*, a tendência é que o número de demandas aumente no *Tribunal Constitucional*. Razão pela qual seria racional ao controle de constitucionalidade criar mecanismos de bloqueio ao acesso irrestrito aos Tribunais Superiores.

As partes litigantes no processo recorrerão sempre. Motivo pelo qual conceder ao juiz, e não às partes, o acesso às *Cortes Supremas* é medida adequada e zelosa com a *legislação*. O *sobrestamento* dos processos em curso sobre a matéria que se arguiria a inconstitucionalidade seria necessário, pois não haveria decisões diferentes, para casos semelhantes. A orientação do Tribunal Constitucional aplicar-se-ia *horizontalmente* entres as partes, e os *juízes ordinários* garantiriam a *previsibilidade* e *certeza* do Direito. Se o Tribunal entendesse, entretanto, não se tratar de violação à Constituição usaria seu “*canon de la evitación*” com todas as “*virtudes passivas*”, deixando de ser *anti-Bickeliano*.

No sistema *norte-americano* de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* em nada alteraria a situação. O juiz aplicará normalmente a *lei* aos *fatos* e caso haja uma inconstitucionalidade na *aplicação* da lei, ela subirá, pelos recursos cabíveis, à Suprema Corte, que apreciará a questão da mesma forma. Caso a *Suprema Corte* entenda que não deve julgar o caso (*Writ of Certiorary*), a matéria objeto da lide deverá ser decidida normalmente pela *jurisdição ordinária*, e a inconstitucionalidade não será apreciada

pelo *órgão supremo*. A *jurisdição ordinária* dentro de sua *margem de apreciação*, usando da *equidade* tentará corroborar os fatos à lei, na busca de uma *interpretação conforme*.

A diferença dos modelos não está no “*canon de la evitación*”, ou nas “*virtudes passivas*” dos Ministros, mas sim na possibilidade concedida aos *juízes ordinários* para não aplicarem as leis, quando entendê-las contrárias à Constituição. É claro que os efeitos desta decisão atingirão somente as partes envolvidas (*inter partes*), sendo que tal decisão não retira o *ato do parlamento* do *ordenamento jurídico*, porém indica a interpretação do juiz, integrando o conjunto de precedentes que compõem o *common law*. FERRERES COMELLA supervaloriza a “*ausência*” de *jurisdição discricionária*. Em verdade, a *discricionarietà* é uma opção política do *poder constituinte*, e não um fator arraigado ao *controle de constitucionalidade*. Portanto, tanto as “*virtudes passivas*”, quanto o “*canon de la evitación*” não passam de opções políticas do Estado Constitucional.

37.2. Ausência de casuismo minimalista

Outro fator *negativo* apontado por FERRERES COMELLA relaciona-se às matérias que chegam ao Tribunal Constitucional *via recurso abstrato de inconstitucionalidade*. Nestes casos, o *Tribunal Constitucional* não pode reduzir o alcance do ataque que sofre a lei *in abstrato*, visto que não existe um caso específico que motive a interposição do recurso. Fala-se aqui em processo sem partes, verdadeira confrontação da *lei* com a *constituição*. A hipótese é levantada pelo critério imaginativo de que a norma *abstratamente* estaria violando a *Constituição*. Deste modo, o *Tribunal Constitucional* ficaria vinculado a analisar somente os aspectos em que a lei é atacada, não podendo, portanto, restringir o foco de exame. Os legitimados a proporem o recurso *abstrato de inconstitucionalidade* – na maioria dos países – costumam ser diminutos, tendo em vista a importância da matéria e a responsabilidade dos interesses tutelados nestas ações³¹⁷.

³¹⁷ FERRERES COMELLA, 2005a.

No sistema de controle de constitucionalidade *norte-americano* (*cumulado-descentralizado-monista*), a *Suprema Corte* pode não se pronunciar acerca da constitucionalidade da lei caso esta não resulte de um caso concreto a ser resolvido. Os Tribunais podem, entretanto, limitarem-se ao problema de saber se a lei é válida somente na medida em que é aplicável a um determinado caso, sem prejudicar a questão de essa lei ser constitucional na aplicação a um outro tipo de caso. FERRERES COMELLA exemplifica com a sentença *Bowers vs. Harwick*, decisão pela qual a *Suprema Corte* analisava lei que considerava crime a *sodomia*, e incluía no tipo penal a *homossexual* e a *heterossexual*. A Corte Suprema sustentou que a lei era válida, porém deixou claro que só se estava pronunciando acerca do problema de se era válida a lei no caso da *sodomia homossexual*. Essa estratégia de “*evitación parcial*” não resultaria possível a um *Tribunal Constitucional* quando conhece de um *recurso abstrato de inconstitucionalidade*³¹⁸.

FERRERES COMELLA não leva ao extremo o *casuismo minimalista* que a *Suprema Corte* tem a sua disposição. Os Tribunais Constitucionais podem usar tal técnica. Basta ver que a Competência abstrata não é única maneira de se atacar a lei por vício de inconstitucionalidade. A previsão do *recurso de amparo* à violação de *Direitos Fundamentais* nasce das relações advindas dos *juízes ordinários*. Nestes casos o *Tribunal Constitucional* pode jogar o jogo *minimalista* e não examinar todos os aspectos e consequências da lei. Soluciona a lide a partir dos elementos relevantes à questão, sem, entretanto, descer às minúcias e detalhamentos que não importam à lide. Estaríamos diante de um caso de *casuismo minimalista*³¹⁹.

Destarte, a ausência de *casuismo minimalista* não pode ser extremada na distinção dos modelos *norte-americano* e *européu*, uma vez que pode aparecer tanto no sistema de *jurisdição cumulada*, quanto no sistema de *jurisdição separada*, embora o *casuismo minimalista* apareça com maior frequência *naquela*, do que *nesta*. Sem contar que a manifestação formal sobre a *sodomia homossexual* já sinalizaria a posição da *Suprema Corte* acerca da lei que criminaliza a *sodomia*. Não configura grande vantagem às Cortes Supremas jogar o jogo *minimalista*, visto que serão instadas,

³¹⁸ FERRERES COMELLA, 2005a.

³¹⁹ *Ibidem*

provavelmente, a se manifestarem sobre a eventual elisão julgadora tão logo quanto possível.

Sem contar que a provocação de uma *Corte Suprema* acerca da *constitucionalidade* ou *inconstitucionalidade* de uma norma, não poderia limitar a atuação dela aos estreitos limites da contenda judicial. Por mais que a questão de inconstitucionalidade suscitada seja oriunda de um caso concreto, deve existir ampla margem de liberdade à disposição do órgão julgador. Pode levar em conta, para a decisão, elementos de outros processos, dados históricos, sociológicos, precedentes das cortes inferiores, princípios gerais do direito, analogia, costumes. O *leading case* que faz com que a questão suba até a *Suprema Corte* é simplesmente um meio para se atingir um fim, qual seja, a manifestação formal dos fins últimos do Estado no controle da lei à luz dos valores.

Por fim, importa ressaltar aspecto *existente no controle europeu, ausente no controle norte-americano*. O acesso ao nível dos *fins últimos* não é normatizado da mesma maneira nos dois modelos. Admite-se recurso *abstrato*, via *ação direta*, atacando-se os fundamentos da *lei* no *sistema europeu*; ao passo que no *sistema norte-americano* a *Suprema Corte* nunca se manifestará acerca da inconstitucionalidade de uma lei sem a existência de um *leading case*. Não existe processo sem partes, sem pretensão resistida, sem conflito. O juiz do *norte-americano* trabalha pelos *precedentes* e vai conformando o *statute* do *parlamento* às relações sociais, tendo por base os princípios do *common law*. Caso haja inconstitucionalidade visível no curso do processo ele pode deixar de aplicar o *statute law* por considerá-lo contrário à Constituição. A matéria subirá às instâncias superiores, sempre na existência de uma pretensão resistida, nunca abstratamente.

37.3. A dificuldade de evitar os argumentos constitucionais recorrendo a argumentos de mera legalidade ordinária.

Por razões estruturais, os *Tribunais Constitucionais* encontram obstáculos para decidirem casos com base em argumentos de *pura legalidade ordinária*. Normalmente,

têm de recorrer à Constituição.³²⁰ No contexto dos *recursos de inconstitucionalidade*, é evidente que os *Tribunais Constitucionais* não podem buscar argumentos de pura legalidade ordinária. A finalidade desse procedimento é medir a validade da *lei* sob a *constituição*, motivo pelo qual o Tribunal não pode escapar do problema constitucional buscado.³²¹ Entretanto, nas questões de inconstitucionalidade suscitadas pelos *juízes ordinários*, podemos dizer que o *juiz ordinário* seleciona a lei aplicável ao caso, enquanto o *Tribunal Constitucional* é o encarregado de declarar se essa lei é *constitucional*, no caso em que o juiz ordinário tenha dúvidas a respeito dela.³²²

Por último, no procedimento do *recurso de amparo*, o Tribunal Constitucional tem maior margem de manobra, pois não julga uma *lei* sob a *constituição*, mas resolve um caso concreto à luz dos *Direitos Fundamentais*. Porém, mesmo nesse contexto, existe uma tendência estrutural a constitucionalizar os problemas jurídicos. Para que o *Tribunal* possa revogar uma sentença de um *juiz ordinário*, deve aduzir uma objeção constitucional frente ao modo em que esse juiz tenha aplicado o direito ao caso. Se o *Tribunal* deseja aumentar sua capacidade para revisar as resoluções judiciais, tem de constitucionalizar os problemas jurídicos, o que leva às vezes a uma “superconstitucionalização” do direito.³²³

Nos Estados Unidos, ao contrário, todos os *Tribunais* exercem as *funções de controle* e de *aplicação* das leis; dir-se-ia *função judicial ordinária* e *função constitucional controladora*. Cada *Tribunal* se encarrega de selecionar e aplicar à questão examinada, a legislação relevante; bem como controlar a constitucionalidade dela. Assim, o juiz pode buscar outras vias para resolver o caso concreto, sem a necessidade de enfrentar a questão da constitucionalidade da norma. Tal possibilidade é estendida à Suprema Corte, uma vez que as questões chegam a ela por recursos das cortes inferiores, sempre tendo por base um caso concreto a decidir.³²⁴ Portanto, podemos concluir que o Ministro da *Suprema Corte*, mais facilmente pode evitar manifestação objetiva sobre a constitucionalidade da norma, recorrendo a argumentos

³²⁰ FERRERES COMELLA, 2005a.

³²¹ FERRERES COMELLA, 2005a.

³²² *Ibidem*

³²³ *Ibidem*

³²⁴ *Ibidem*

de mera legalidade ordinária, ao passo que tal faculdade é reduzida aos Ministros dos Tribunais Constitucional europeus.

37.4. A dificuldade de evitar os argumentos constitucionais por via interpretativa

É prática comum entre os *Tribunais Constitucionais* tratar de preservar a validade das *leis* por meio de uma interpretação *conforme a constituição*. Assim, o *Tribunal* pode sustentar que a lei examinada é *constitucional* ou *inconstitucional* na medida em que se interpreta de determinado modo (ou na medida em que se não interpreta de determinado modo).³²⁵ Em verdade, o pressuposto da constitucionalidade das leis é fator antigo e natural ao Direito. Passa a lei pelo processo legislativo, com a colaboração do *parlamento* e do *executivo*. Goza, portanto, da presunção de constitucionalidade. O judiciário, ao revê-la deve levar em consideração estas peculiaridades e afastá-la somente em casos teratológicos, preservando sempre a via interpretativa conforme a constituição, mantendo a lei no ordenamento jurídico.

Para FERRERES COMELLA há uma diferença sutil relacionada à interpretação conforme nos sistemas jurídicos *cumulados* e *separados*. O *Tribunal Constitucional* quando prolata uma “*sentença interpretativa*” acaba estabelecendo as condições sob as quais a lei pode permanecer no sistema. Ele não evita, em absoluto, a *questão constitucional*. Sua manifestação é vista como uma resposta a um problema, só que ao ler o problema, atribui significado concreto a ele, decidindo, portanto, sobre a interpretação da norma à luz da Constituição. Veja que o *Tribunal Constitucional* não afasta a lei do ordenamento, não a invalida; mas examina, mesmo que não queira, sua validade diante da Constituição. A dificuldade de evitar argumentos constitucionais no sistema europeu é mais difícil, visto que se espera do *órgão*, a *função* que lhe é correspondente por essência.³²⁶

Poderia o *Tribunal Constitucional* recorrer a uma determinada interpretação da lei, com a finalidade de evitar a questão constitucional? Esta possibilidade, como já

³²⁵ FERRERES COMELLA, 2005a.

³²⁶ *Ibidem*

apontado, é muito difícil de ocorrer, pois o *Tribunal* carece de autoridade para impor aos *juízes ordinários* uma determinada *interpretação* da *lei*. Se, entretanto, a interpretação da lei derivar da própria Constituição, esta autoridade lhe é devida. Mas ao assim proceder volta a interpretar novamente as normas à luz da Constituição. Em síntese: para que o *Tribunal Constitucional* possa impor sua *interpretação* da *lei*, deve declarar que a lei seria inconstitucional, caso fosse interpretada de maneira diferente da por ele indicada.³²⁷

Nos Estados Unidos, pelo contrário, os *Tribunais* (incluindo a *Suprema Corte*) podem evitar as *questões constitucionais* por meio da *interpretação da lei*. Como declarou a própria *Suprema Corte* “quando uma lei é suscetível de duas interpretações, e sobre a primeira surgem graves e controvertidas questões constitucionais, e sobre a segunda essas questões podem ser evitadas, é dever (do Tribunal) seguir a segunda interpretação”. Esta decisão interpretativa vincula-se ao *leading case* objeto de análise. Resolve-se a questão respondendo “à consulta das partes” sem, entretanto, manifestar-se sobre a Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. A resposta da *Suprema Corte* não é, *per si*, uma resposta sobre o que diz a Constituição, nem tampouco estaria *pré-julgando* a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei que expressa um significado normativo que se tenha descartado.³²⁸

Ademais, como a *Suprema Corte* é, ao mesmo tempo, o *supremo intérprete* das *leis federais* e da *Constituição*; a autoridade das suas interpretações das *leis* oriundas dos *tribunais inferiores* é sempre a mesma, bem como independe de se essa interpretação reside na Constituição, ou em meros argumentos da legalidade ordinária.³²⁹ Assim, enquanto o *Tribunal Constitucional Europeu* possui maior dificuldade para evitar as *questões constitucionais* por meio da *interpretação da lei*, a *Suprema Corte norte-americana* pode valer-se de tal mecanismo, sem grandes esforços justificativos.³³⁰

38. A visibilidade dos tribunais constitucionais

³²⁷ FERRERES COMELLA, 2005a.

³²⁸ *Ibidem*

³²⁹ *Ibidem*

³³⁰ *Ibidem*

FERRERES COMELLA diferencia o modelo europeu *de estrutura separada-centralizada-dualista* do modelo norte-americano *de estrutura cumulada-descentralizada-monista*, pela *alta visibilidade pública* que detém *aquele modelo*, comparado com *este*. Aponta elementos intrínsecos a cada um deles, e destas premissas chega às conclusões que ora colocamos nos parágrafos subsequentes:

Primeiro: como somente o *Tribunal Constitucional* pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a atenção dos *partidos políticos* e da *opinião pública* volta-se para ele. A *visibilidade* das decisões prolatadas por esta *Corte Constitucional*, dificilmente não será notada nas ruas. No sistema *norte-americano*, ao contrário, as decisões dos *juízes* e dos *tribunais ordinários* devem ser seguidas, pois todos eles detêm o poder de *controle de constitucionalidade das leis*. A visibilidade das decisões de inconstitucionalidade acaba sendo minimizada, tendo em vista que aparecem de forma “*descentralizada e cumulada*” por todo o ordenamento jurídico.³³¹

Segundo: como o *Tribunal Constitucional* está especializado em *assuntos constitucionais*, os comentaristas, de certa maneira, não precisam separar os casos *constitucionais* dos *ordinários*. A especialização da *função de controle*, alocada nos *finis últimos*, simplifica o *debate público*. Nos *Estados Unidos*, ao contrário, os *casos constitucionais* são, ao mesmo tempo, *casos ordinários*. Entretanto, não podemos exagerar na diferenciação, visto que alguns *Tribunais Constitucionais* estão muito distantes do “*modelo puro*”. Por outro lado, graças ao *writ of certiorari*, a *Suprema Corte norte-americana* pode *decidir não decidir*, centrando-se mais nas questões constitucionais. Acrescente-se que quando a *Suprema Corte* se pronuncia sobre a constitucionalidade de uma lei, a decisão exarada pode atrair tanta visibilidade, quanto a decisão dos *Tribunais Constitucionais*. E isto é devido *não só* ao *writ of certiorari*, mas também à excepcionalidade com que se controlam as leis naquele país.³³²

Terceiro: no sistema europeu *separado-centralizado-dualista* os *órgãos públicos* podem interpor *recursos abstratos* ante o *Tribunal Constitucional*, o que de

³³¹ FERRERES COMELLA, 2005a.

³³² *Ibidem*

certa maneira, irá atrair mais a atenção dos meios de comunicação. Se o *legislador democrático* tem o “*privilégio*” de que seu produto normativo só possa ser submetido a juízo de constitucionalidade por um *Tribunal Constitucional*, as instituições legitimadas a interpor o *recurso abstrato* também gozam de um privilégio, qual seja, podem exigir que o *Tribunal* se pronunciasse sobre as objeções que tenham articulado contra a *lei*. Dessa maneira, as *instituições públicas* desempenham um papel relevante na configuração da agenda do *Tribunal Constitucional*, contrariamente ao que ocorre nos EUA, onde a *Suprema Corte* define sua própria agenda, através de um *writ of certiorari*.³³³

Todos esses traços colocam o *Tribunal Constitucional* europeu em um plano de maior *visibilidade* que a *Suprema Corte norte-americana*. Porém, para FERRERES COMELLA, visibilidade significa “*perigo*”. Quanto mais visíveis foram as decisões dos *Tribunais Constitucionais*, tanto mais suscetíveis estarão a gerar controvérsias e resistências.³³⁴

39. A fragilidade dos tribunais constitucionais

A fragilidade relativa do *Tribunal Constitucional* deriva da *estrutura dualista* de que faz parte. Enquanto os *tribunais ordinários* são absolutamente indispensáveis, o *Tribunal Constitucional* não o é. Se não houvesse *Tribunal Constitucional* para controlar a validade das leis, produzir-se-iam consequências negativas, porém, a situação não seria tão grave quanto à da não existência de *tribunais ordinários*. Durante muitas décadas, foram muito poucos os países que aceitaram a instituição do *controle de constitucionalidade da lei* e, ainda *hoje*, há países que a rejeitam.³³⁵

Os *tribunais ordinários* aparecem como terceiros imparciais que decidem as controvérsias entre os indivíduos, e entre eles e as autoridades públicas. Já os *Tribunais Constitucionais*, ao contrário, são instituições relativamente novas, cuja natureza não é

³³³ FERRERES COMELLA, 2005a.

³³⁴ *Ibidem*

³³⁵ *Ibidem*

puramente “*judicial*”: especializam-se em assuntos de alta sensibilidade política.³³⁶ FERRERES COMELLA, em verdade, *referenda* nossa tese acerca das *funções* atinentes ao *Tribunal Constitucional* (fins últimos) e ao *Juiz Ordinário* (fins próximos). A *função de controle* é distinta da *função judicial*. *Estes* decidem as controvérsias entre as partes e as autoridades públicas. *Aqueles* controlam a constitucionalidade da lei à luz dos valores da Constituição. Deixa transparecer também, o constitucionalista espanhol, que *função de controle* não é puramente uma “*função judicial*”, ou seja, há que se levar em conta outros elementos que não os estritamente jurídicos para a composição desses Tribunais.

De outro lado, no modelo de controle de constitucionalidade *norte-americano* de *estrutura cumulada-descentralizada-monista*, esta fragilidade é remediada, visto que os tribunais que exercem a “*função constitucional*” são os mesmo que exercem a “*função ordinária*”. Tal peculiaridade faz com que os *órgãos* componentes do *poder judiciário ordinário*, bem como a *Suprema Corte* estejam mais protegidos dos ataques externos. A fragilidade que existe nos *Tribunais Constitucionais* europeus é remediada neste sistema pela *descentralização* da *função de controle de constitucionalidade* das normas a todos os juízes e tribunais.³³⁷

Tendo em vista a fragilidade dos *Tribunais Constitucionais*, é necessário estabelecerem-se *regras formais* para melhor protegê-los. Assim, FERRERES COMELLA, aponta soluções que remediariam esta fragilidade dos Tribunais, vejamos.³³⁸: (1) reconhecê-los no texto constitucional, vedando sua eliminação; (2) a sua competência não pode ser restringida pela legislação ordinária, recomenda a delimitação expressa na Constituição; (3) fixar também o *número de ministros* componentes do *Tribunal* no texto constitucional, impedindo, desta maneira, que o Parlamento venha, por lei ordinária, reduzir ou aumentar excessivamente o número de juízes da Corte³³⁹.

40. Os tribunais constitucionais e a deferência ao legislador

³³⁶ *Ibidem*

³³⁷ FERRERES COMELLA, 2005a.

³³⁸ *Ibidem*

³³⁹ Tal peculiaridade foi verificada no Brasil no período da ditadura, momento em que se aumentou consideravelmente o número de Ministros de 11 de 16, objetivando o executivo ter a maioria da Corte.

Se aceitarmos o que foi afirmado até agora por FERRERES COMELLA, poder-se-ia argumentar que um *Tribunal Constitucional* relativamente puro (a) não pode evitar facilmente as *questões constitucionais*, sendo, ainda, (b) relativamente *frágil* em relação aos *tribunais ordinários*. No que se relaciona à (3) *deferência* do *Tribunal Constitucional*, em relação aos *tribunais ordinários*, menciona FERRERES COMELLA, que ele exercerá um controle muito criterioso. A tendência é que seja *ativista* (severo) e *pouco respeitoso* com a *legislação ordinária*.³⁴⁰

Ora, pergunta FERRERES COMELLA, qual seria o sentido de estabelecer uma *instituição* cuja principal função seja controlar a constitucionalidade das leis, se, salvo raras exceções, nunca declare uma lei inválida? Ainda que o *Tribunal Constitucional* tenha sido criado, não com o propósito de refrear o legislador, mas, sim, com o objetivo de colocar um selo de “*legitimação*” constitucional na lei do parlamento. Tal prática legitimadora (*ativista*) perfaz a norma do *Parlamento*, atendendo um fim específico: proteger os valores da Constituição.³⁴¹

Entretanto, no sistema *norte-americano* de *controle de constitucionalidade* de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*, é possível (ainda que não necessário) que a *Suprema Corte* seja muito respeitosa com o *Parlamento*. Como a *Suprema Corte* não exerce exclusivamente a *função constitucional*, bem como seu espaço no *sistema jurídico ordinário* está resguardado, pode exercer com maior flexibilidade a *função constitucional*, sendo, portanto, menos *ativista* que os *Tribunais Constitucionais*. O *ativismo* – segundo FERRERES COMELLA – da *Suprema Corte* é mais uma questão de escolha, enquanto que para o *Tribunal Constitucional* é uma questão de necessidade.³⁴²

Os desdobramentos doutrinários de FERRERES COMELLA contestariam, inclusive, a própria existência dos *Tribunais Constitucionais*. Para ele, as leis aprovadas pelo parlamento gozam da presunção de validade, de maneira que somente as

³⁴⁰ FERRERES COMELLA, 2005a.

³⁴¹ *Ibidem*

³⁴² *Ibidem*

concreções completamente desarrazoadas do ponto de vista constitucional deveriam ser invalidadas pelo processo constitucional. E se for assim, qual a razão da existência dos Tribunais Constitucionais? Qualquer juiz ordinário poderia verificar a inconstitucionalidade manifesta pelas normas se ela fosse tão clara como supõe que devesse ser. Por esta razão faz sentido que Dinamarca, Suécia e Finlândia, por exemplo, não tenham decidido criar um Tribunal Constitucional. Haveria, nestes países, certa inconsistência pragmática estabelecer a regra de respeito ao legislador, e de outro lado existir um *Tribunal Constitucional* no plano dos fins últimos, com a função precípua de invalidar as leis do parlamento contrárias aos valores da Constituição.³⁴³

Entretanto, se o *Tribunal Constitucional* não é totalmente “puro”, mas desempenha outras funções que não só o Controle de Constitucionalidade da lei, sua posição é distinta. Quanto mais importantes sejam estas *funções adicionais*, maior margem de manobra tem o tribunal para exercer um controle que respeite o Parlamento.³⁴⁴ Se, de outro lado, for um *Tribunal Constitucional* bastante “puro”, como o exemplo francês (que, retirante as questões eleitorais sua função precípua é o controle de constitucionalidade das leis) menor será sua margem de manobra do Tribunal Constitucional.³⁴⁵

Além dos traços estruturais (a *centralização* do controle, e o *grau de pureza* do *Tribunal Constitucional*), outros fatores podem contribuir ao *ativismo judicial* do *Tribunal Constitucional*. Pela clareza das ideias e precisão dos argumentos, deixemos o próprio FERRERES COMELLA³⁴⁶ falar:

a) Un primer factor se refiere a *la selección de los jueces y la duración de su cargo*. En la medida en que los jueces estiman que está justificada cierta deferencia en favor del legislador por razones democráticas, estarán menos preocupados por la deferencia si son seleccionados a través de procedimientos relativamente democráticos que si lo son por otros medios. Lo mismo sucede si sus cargos son de duración limitada, como es el caso en muchos países europeos.

b) Un segundo factor está relacionado con *el grado de rigidez de la Constitución*. Si la Constitución no es de muy difícil reforma, los jueces se sentirán menos cohibidos cuando someten las leyes al control de constitucionalidad, pues sabrán que sus interpretaciones

³⁴³ FERRERES COMELLA, 2005a.

³⁴⁴ Ibidem

³⁴⁵ Ibidem

³⁴⁶ Ibidem

pueden ser neutralizadas a través de una reforma constitucional. Cuanto más flexible sea la Constitución, menos razones tiene el juez para preocuparse por la “objeción contra-mayoritaria”, y en mayor medida estará dispuesta la comunidad política a aceptar el activismo del Tribunal. En general, las Constituciones europeas son más fáciles de modificar que la Constitución de los Estados Unidos, y ello debe suponer un factor adicional que contribuye a presionar a los Tribunales Constitucionales en una dirección activista.

c) Una tercera variable es la *fuerza de la doctrina del precedente*. Cuando el Tribunal Constitucional (en un sistema del *civil law*) interpreta la Constitución para decidir acerca de la validez de una ley, esa interpretación tiene relevancia en todo el sistema jurídico, obviamente. Se supone que el Tribunal será coherente cuando enjuicie otras leyes en el futuro, y se espera que los jueces ordinarios tengan en cuenta esa interpretación constitucional cuando apliquen las leyes. Pero los efectos de la decisión del Tribunal no son tan fuertes como en un sistema del *common law*: el Tribunal Constitucional goza de mayor flexibilidad para revisar su interpretación en el futuro. Ello compensa la presión estructural a la que se halla sometido, de tener que encarar las cuestiones constitucionales. Aunque, como vimos en su momento, el Tribunal Constitucional no puede evitar dar respuesta a la cuestión de qué dice la Constitución con respecto a determinado problema, esa respuesta no es tan concluyente como la que se daría en un sistema del *common law*. Esa respuesta está más abierta a la revisión en ocasiones futuras. En la medida en que ello es así, el Tribunal se puede sentir más animado a ensayar lecturas activistas de la Constitución.

d) Un cuarto factor concierne *al tipo de Constitución que el Tribunal tiene que administrar*. Cuanto más amplio sea el ámbito cubierto por la Constitución, tanto más probable será que el Tribunal pueda encontrar en la Constitución un principio o conjunto de principios en función de los cuales podrá declarar inválida una ley.³⁴⁷

41. Conclusão: um possível argumento

A pesquisa de direito comparado de FERRERES COMELLA, baseadas nos pressupostos do *grau de pureza e autonomia* do Tribunal Constitucional, levaram o constitucionalista espanhol às seguintes conclusões acerca dos *Tribunais Constitucionais* europeus: (a) não pode o *Tribunal Constitucional* evitar facilmente as questões constitucionais remetidas a ele; (b) é este Tribunal *altamente visível e relativamente frágil*; (c) não pode ser extremamente respeitoso (*deferente*) ao legislador, bem como (d) não pode negar facilmente que a Constituição inclui princípios relevantes para dar respostas aos problemas suscitados³⁴⁸; (e) pela natureza da *função* que lhe é atribuída, tende a ser mais ativista.

³⁴⁷ FERRERES COMELLA, 2005a.

³⁴⁸ *Ibidem*

Embora obtempere tal tese, ao sustentar que os Tribunais Constitucionais devem, na medida do possível, atuar com independência e autonomia, fundamentando bem suas decisões, tanto no caso de constitucionalidade como no caso de inconstitucionalidade. Ainda que os ministros não convençam todas as partes, devem esforçar-se para tanto, uma vez que a sociedade espera empenho e seriedade da sua função. Conclui seu pensamento após criticar fortemente o ativismo dos Tribunais Constitucionais como a seguinte frase: *Al fin y al cabo, los Tribunales Constitucionales no son indispensables.*

Os desdobramentos dos problemas de FERRERES COMELLA centram-se mais no *Tribunal Constitucional* e no exercício da sua função, em sentido estrito; menos na *cumulação* ou *separação* das jurisdições. Na verdade, o pano de fundo da discussão travada por ele, leva em consideração que as jurisdições são separadas. Ou seja, tem como pressuposto do debate a existência de um *Tribunal Constitucional* como único responsável pelo rechaço da lei, no modelo europeu; enquanto que no modelo norte-americano todos os juízes e tribunais (incluindo a Suprema Corte) podem deixar de aplicar um *statute* por entendê-lo contrário à Constituição.

A ligação que FERRERES COMELLA faz do *órgão* com a *função*, por vezes, parece superestimada. Quando criamos um poder, e entregamos este poder a um *órgão* (*Tribunal Constitucional*) e a este *órgão* uma *função* (controlar a constitucionalidade das leis), não estamos vinculando a atividade que ele exerce. Veja que a intensidade do controle, o grau do controle, o *ativismo* dos *Tribunais Constitucionais* dependerá de outros fatores, que não o simples fato da sua existência, e que para existir, precisa controlar, inclusive o incontrolável. Vários fatores influenciarão a decisão dos

ministros, tais como: a) conhecimento técnico do problema; b) rol de princípios alocados no texto fundamental; c) valores que a sociedade acredita e defende; d) coerência e razoabilidade da legislação com o ordenamento jurídico; e) questões políticas e sociais envolvidas no problema; f) forma pela qual o ato necessita para existir; g) obediência a critérios técnicos exigidos pela norma; h) omissões inconstitucionais...

As proposições de FERRERES COMELLA colocam *maior ativismo* no Tribunal Constitucional, *menor ativismo* na *Suprema Corte*. Aliás, tal implicação não precisa de grandes fundamentações filosóficas comprovativas, visto ser óbvia tal conclusão pela teoria dos fins e funções do Estado. Se uma função de Estado (controle de constitucionalidade) é entregue a um único *órgão*, ele trabalhará bastante para atender aquela demanda suscitada. Se, de outro lado, entregamos aquela *função* a todos os juízes e tribunais (incluindo a Suprema Corte), o grau de controle da Corte Suprema há de ser menor, pois aparece difuso por todo o ordenamento jurídico. O ângulo privilegiado para entendermos o problema do *controle de constitucionalidade* retorna à teoria dos *fins* (últimos e próximos) e funções (controle e aplicação) do Estado.

PARTE II – O IMPASSE IBERO-AMERICANO: ENTRE CUMULAÇÃO E SEPARAÇÃO DA FUNÇÃO DE CONTROLE

43. Introdução

Até aqui aprofundamos a teoria dos *fins* e *funções* do Estado. Nosso estudo limitou-se ao *campo jurídico*, e dentro dele, ficou restrito ao *nível dos fins últimos* e *nível dos fins próximos*. Trabalhamos as *funções* de *controle* e de *aplicação* da lei. Estas funções são exercidas por dois *órgãos* componentes do Estado: *Tribunal Constitucional* e *Juízes/Tribunais Ordinários*. A função de *controle* da lei pode ser *cumulada* ou

separada da função de aplicação da lei. Caso haja cumulação, o modelo paradigma é o norte-americano. Caso haja separação, o modelo paradigma é o europeu.

Cada modelo apresenta as suas peculiaridades. Nossa tese trabalhou, na parte primeira, pela teoria dos *fins e funções* do Estado, orientado por FERRERES COMELLA, o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* e o modelo de controle de constitucionalidade europeu de estrutura *separada-centralizada-dualista*. Vários desdobramentos foram feitos a partir daí, tais como: (1) a expansão dos modelos clássicos; (2) a nova terminologia proposta aos modelos; (3) a hermenêutica pertinente a cada função; (4) o novel tratamento dos princípios e a aplicação das regras, orientadas pela *equidade* e pela *justiça*, nos *fins últimos e próximos* do Estado; (5) a expansão dos modelos à Ibero-América; (6) a peculiaridade britânica na evolução do controle dos atos do parlamento; (7) o “ativismo judicial” dos Tribunais Constitucionais.

Nosso plano, entretanto, não se distanciou nunca das *funções de controle* e de *aplicação das normas*. Se nossa tese estiver certa, demonstrar-se-á a necessidade de separação das funções (*controle e aplicação*), em órgãos distintos (Tribunal Constitucional e juiz) para que possamos compor racionalmente um sistema de *controle de constitucionalidade* que atenda os novos rumos do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

O impasse Ibero-Americano será trabalhado na parte segunda da tese. Do estudo comparativo dos modelos de controle de constitucionalidade notamos que a Ibero-América ruma no sentido de *cumulação, justaposição, miscigenação* dos modelos *clássicos*. Há países fortemente vinculados ao modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *separada-centralizada-dualista*, existente na Europa. Argentina remanesce o único país *Ibero-Americano* fiel ao modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*, existente nos Estados Unidos da América. Entretanto, impera nas Américas, o que a doutrina cada vez mais vem chamando de “ *modelos mistos*”.

É bom alertarmos que a *Ibero-América* está tendendo ao modelo de estrutura constitucional “ *mista*”, por diversas razões. Pesquisas em *sociologia*, em *antropologia*

explicariam melhor estes motivos. Nosso trabalho, entretanto, não foi este. A pretensão tampouco é a do historiador, que voltando às origens, à Colonização, à Idade Moderna, desvendaria, talvez, *razões múltiplas* pelas quais os *Ibero-Americanos* valeram-se do controle europeu e norte-americano. Nosso trabalho é bem mais humilde, pois se vale de obras de *Direito Constitucional* e da *Teoria do Estado*, bem como dos textos normativos dos países analisados, mormente das Constituições, para verificar se o modelo ajusta-se mais ao de jurisdição *cumulada*, *separada*, ou ainda, se tenta conciliar, na medida do possível, as duas realidades clássicas.

A delimitação dos países foi, talvez, o mais difícil da pesquisa. Tratar de um único país, para exemplificar os modelos mistos, na Ibero-América, seria muito pouco. Tratar todos seria noticiar algo de todos, sem aprofundar, entretanto, nenhum. Sem contar que a extensão do trabalho, com o detalhamento necessário, sairia dos estreitos limites propostos para uma tese de doutorado. Assim, quatro países que adotam modelo de controle de constitucionalidade “*misto*” serão trabalhados nos capítulos componentes da parte segunda, são eles: Peru, México, Venezuela e Colômbia.

Nossa pesquisa não está centrada na história dos modelos de controle de constitucionalidade. A finalidade é, repita-se, criticar a *cumulação* das jurisdições, em geral, a *cumulação* na Ibero-América, em especial. A análise da *cumulação* feita pelos *fins* e *funções* do Estado não precisaria esgotar todos os modelos que cumulam, na Ibero-América, a função de controle. A pesquisa de direito comparado deve fazer um recorte destes países, pois impossível analisar todos, com a profundidade necessária. Se nossa tese é mostrar a *cumulação* das jurisdições a amostragem de quatro países já seria suficiente. Arbitariamente escolhemos o Peru, México, Venezuela e Colômbia.

O *Peru* foi escolhido pela importância histórica, sendo o centro econômico, político e cultural das Américas, no passado. A *Venezuela* e *Colômbia* devem ser analisadas juntas, pois a história foi comum, as instituições foram espécies de vasos comunicantes, sem contar que adotaram o modelo de controle de constitucionalidade *separado*, antes do *cumulado*, e inclusive antes dos europeus. Vangloriam-se por terem adotado o controle concentrado antes que Kelsen idealizasse o Tribunal Constitucional austríaco. Por fim, o modelo *mexicano*, país da América do Norte que não segue a

cultura do *Common Law*, bem como possui a peculiaridade de ter iniciado o *recurso de amparo* nas Américas.

Os países apresentam suas peculiaridades históricas, culturais, sociais, econômicas. Foram influenciados pela Constituição de Cádiz de 1812, pois a mesma vigeu, por pouco tempo, naqueles países. Como de costume, primeiramente adotaram o *controle político*, posteriormente o *controle jurídico*. Por regra, iniciaram a *função de controle* cumulada em todos os *órgãos do Poder Judiciário*. Com o passar do tempo tal *função* foi sendo especializada em *Cortes Constitucionais*, sem, entretanto, afastar-se a possibilidade de *rechaço* das leis também pelos *juízes ordinários*. As técnicas e as funções se imiscuíram, formando a peculiaridade dos “*modelos mistos*” da Ibero-América.

CAPÍTULO 1º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL PERUANA

The judicial review system of the constitutionality of legislation has also been conceived in Peru as a mixed one, since it combines the diffuse system of judicial review with the concentrated one attributed to the Constitutional Tribunal³⁴⁹

44. As raízes do constitucionalismo peruano

A *função de controle e de aplicação* das leis não apareceu no sistema peruano³⁵⁰ da noite para o dia. Tais mecanismos brotaram do lento e gradual processo histórico de debates e lutas políticas travadas no seio da sociedade, por influência dos seus líderes. Sem contar que o Peru foi um dos últimos países a se tornar independente da Espanha, tanto pela *ausência* de uma *elite coesa e forte*, capaz de sustentar racionalmente tal separação, quanto por ter sido *sede do poder central* do vice-reinado da América Central (verdadeira *Ciudad de los Reyes*)³⁵¹. Assim que, a partir da Declaração de Independência, pelo general *José de San Martín*, em 1821, o povo peruano, engendrou esforços, no sentido de construir a sua identidade política, jurídica e constitucional.

A França e os Estados Unidos da América foram os países que influenciaram os peruanos neste processo. De um lado, o *liberalismo francês*, refletindo um sentimento *anti-monárquico*, um entusiasmo pela *república* e imbuídos de um certo radicalismo (por vezes, reacionário) na condução da vida pública, auxiliaram os peruanos, recém independizados da monarquia espanhola a reafirmar sua independência e a instaurar a república.

³⁴⁹ BREWER-CARÍAS, 2011a.

³⁵⁰ Acessamos a Constituição Peruana pelo sítio do Tribunal Constitucional Peruano, com última alteração realizada pela Lei 28.839, de 17/11/2004. Todas as referências que faremos aos artigos desta Constituição foram retiradas do sítio do TC, motivo pelo qual remetemos o leitor ao link anexado. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>, acesso em 22 dez. 2011.

³⁵¹ BELAUNDE, Domingo Garcia. **El Constitucionalismo Peruano en la presente centuria**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/7.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2011.

De outro lado, *admirados* tanto com a experiência *norte-americana* de *sucesso econômico*; quanto com as *similaridades* daquele país com a realidade deles. Referimo-nos a (1) extensão territorial grande; a (2) população pouco densa; e os (c) meios de comunicação escassos. Tal *similaridade* e *admiração* fizeram com que os peruanos adotassem um executivo forte nos primeiros anos de independência. O regime federal norte-americano seria outra fonte de inspiração aos peruanos, para atender o regionalismo nascente³⁵². Todos estes fatores demonstram que a vida Constitucional peruana esteve muito próxima da *República norte-americana*, sem desconsiderar, entretanto, o *liberalismo francês*.

Enquanto que a *Europa* limitava a autoridade do *Poder Executivo* pela *Supremacia do Parlamento*; a *Ibero-América* seguia o modelo traçado pelos *norte-americanos*. Imperava, nas Américas, a ideia de *liberdade política*, reconhecendo-se os direitos inerentes à pessoa, porém enfeixava o sistema um *Poder Executivo* forte alocado na pessoa do *Presidente da República*. E foi exatamente o que aconteceu aos peruanos recém-independizados, pois instauraram a *república* e a *federação*, nos mesmos moldes dos *norte-americanos*. O controle de constitucionalidade, tão logo quanto possível, seria o instrumento a ser adotado.

Não bastasse a *influência norte-americana* é bom que se diga em acréscimo que os líderes peruanos – *Miranda* e *Bolívar* – participaram, de perto, da *Revolução Francesa*. Estudavam os livros franceses, admiravam aquelas instituições. O *Direito Privado* peruano, por exemplo, inspirava-se nas *instituições e leis francesas*. O *Código Comercial* peruano, de 1902, era baseado no *Código espanhol*, e este influenciado pelo *Código Francês* de 1808. O *Código Civil de 1852*, que vigeu até 1936, foi, em grande parte, inspirado no *Código Napoleônico*³⁵³. O direito francês e o direito norte-americano imiscuem-se na história do Direito peruano.

Entretanto, com o passar do tempo, a influência *jurídica e social francesa* vai se perdendo na história do Direito Constitucional peruano. Isto se deve, tanto pelo

³⁵² PAREJA, José Paz-Soldán. **Derecho Constitucional Peruano**. Lima: Ediciones Libreria Studium, 1973, p. 3.

³⁵³ *Ibidem*, pp. 3-4.

crescimento dos Estados Unidos como superpotência, quanto pela ascendência de outras ordens jurídicas que começam a desempenhar um importante papel no Direito Constitucional mundial. É o caso da Constituição de Weimar, de 1919, e da Constituição mexicana de Querétaro, de 1917. Sem esquecer a Constituição espanhola, de 1931, a qual influenciou fortemente a Constituição peruano de 9 de abril de 1933³⁵⁴.

O Peru, entretanto, não conseguiu escapar de uma nota tipificadora de sua vida republicana: a desconformidade constante entre o *conteúdo constitucional* e a *realidade política*. Chegou-se a dizer das cartas políticas peruanas que as mesmas *fuleron catecismos llenos de dogmas, (...) pero sin creyentes ni adeptos convencidos*³⁵⁵. É comum, tal fato, em países sem tradição constitucional. Careciam ainda de uma minoria dirigente. Não possuíam também grupos intermediários entre o Estado e a Nação. Desconheciam as virtudes cívicas e os hábitos de liberdade. Assim que sua história passou por constantes rupturas da ordem política³⁵⁶.

Como as constituições apresentavam um crescente descompasso entre o *texto* e a *realidade*. Ou se mudava a *realidade*, ou se mudava o *texto*. Como a *realidade* não se muda rapidamente, mais fácil era mexer no *texto*. A evolução, ou mesmo a revolução, implicava em novo texto constitucional. Com isso retirava-se da velha Constituição, não somente o que o texto tinha de ruim, porém, o pouco que tinha de bom. Este, talvez, o grande desafio do Poder Constituinte, sopesar com coerência e cuidado o que deve permanecer e o que deve sair de um texto constitucional. Fato foi que novas constituições vieram e os estrangeirismos infiltraram-se nos textos normativos peruanos.

Como veremos, esta *engenharia constitucional*³⁵⁷ peruana (oscilando da França aos Estados Unidos, passando pela Espanha) acabou criando modelo de controle de constitucionalidade “*misto*” ao Peru, pois as práticas jurídicas europeias tenderam ao modelo de controle de constitucionalidade de estrutura *separada-centralizada-dualista*, enquanto que as práticas jurídicas *norte-americana* tenderam ao modelo de controle de

³⁵⁴ PAREJA, 1973. p. 4.

³⁵⁵ Ibidem, p. 12.

³⁵⁶ Ibidem, pp. 11-13.

³⁵⁷ SARTORI, Giovanni. **Ingegneria costituzionale comparata, strutture, incentivi ed esiti**. Bologna: Il Mulino, 2000. *passim*.

constitucionalidade de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*. É que os peruanos sem metodologia própria de controle, sem identidade jurídica, foram seduzidos pelas velhas máximas que assombram o constitucionalismo em tempos de crise: se funciona bem lá por que não pode funcionar bem aqui?

45. Estatutos políticos e constitucionais do Peru

O *controle da constitucionalidade* das leis foi reconhecido nos textos constitucionais peruanos. Entretanto, como mudavam constantemente de constituição, a situação já consolidada, era repensada e readaptada ao novo texto. Ora, se a *ordem política* era *instável*, se a *deseestrutura constitucional* era *visível*, o *controle de constitucionalidade* também apresentava dificuldades de consolidação. Constantes crises assolaram as instituições peruanas. Revoltas, golpes de Estado, quebra da ordem, instauração de Assembleia Nacional Constituinte são palavras correntes no vocabulário peruano, nos últimos duzentos anos de sua história. As estatísticas apontam que o *Peru* viveu *fazendo e desfazendo* Constituições. Tiveram uma constituição para cada dez anos de vida independente³⁵⁸.

Elencamos, abaixo, os *estatutos e constituições* que vigoraram no Peru, desde a *declaração de independência*, até a *Constituição atual* (de 1821 à 1993). Tal fator demonstra a falta de continuidade da ordem democrática, e das instituições políticas daquele país, cenário que *desvela, ceteris paribus*, à dificuldade de instaurar na ordem constitucional peruana, um sistema de controle de constitucionalidade das leis à luz dos valores da Constituição. Mas vejamos os estatutos e constituições que lá vigoraram, em ordem cronológica:

- (a) um *Regulamento Provisório*, expedido por *San Martín*, tratando sobre demarcação e administração do território ocupado de 12 de fevereiro de 1821 a 08 de outubro de 1821;

³⁵⁸ PAREJA, 1973. p. 5. Para o Brasil calcula-se uma Constituição a cada 20 anos.

- (b) outro *Estatuto Provisório*, expedido por *San Martín*, regendo os departamentos livres, enquanto se dita a constituição do Estado (08/10/1821-12/11/1823);
- (c) a *Constituição de 1823*, aprovada pelo primeiro Congresso Constituinte de 12/11/1823³⁵⁹;
- (d) a *Constituição de 1826*, aprovada pelo Conselho de Governo, que presidia *Santa Cruz* (9/12/1826-27/01/1827);
- (e) a *Constituição de 1828*, aprovada pelo Congresso Constituinte e promulgada pelo *General La Mar* (18/03/1828-10/06/1834);
- (f) a *Constituição de 1834*, aprovada pelo Congresso Constituinte e promulgada por *Mariscal Orbegoso* (10/06/1834);
- (g) o *Pacto de Tacna de 1837*, aprovado pelo Congresso de plenipotenciários dos Estados Nortes e Sul-Peruanos e Boliviano (09/05/1837);
- (h) a *Constituição de 1839*, aprovada pelo Congresso Constituinte de *Huancayo* (10/11/1839-27/07/1855);
- (i) *Estatuto Provisório de 1855*, dado pela Convenção Nacional até ser aprovada a nova Constituição (27/07/1855-19/10/1856);
- (j) a *Constituição de 1856*, aprovada pela Convenção Nacional e promulgada pelo Presidente *Mariscal Castilla* (19/10/1856-13/11/1860);
- (k) a *Constituição de 1860*, aprovada pelo Congresso Ordinário e promulgada por *Mariscal Castilla* (13/11/1860-18/01/1920);
- (l) a *Constituição de 1867*, aprovada pelo Congresso Constituinte e promulgada pelo Presidente *General Prado* (29/08/1867-06/01/1868);
- (m) o *Estatuto Provisório de 1879*, ditado por don *Nicolás de Piérola*, que exercia a Ditadura (27/12/1879-06/01/1881);
- (n) a *Constituição de 1920*, aprovada pela Assembléia Constituinte de 1919 e promulgada pelo Presidente *Leguía* (18/01/1920-18/01/1933);
- (o) a *Constituição de 1933*, aprovada pelo Congresso Constituinte de 1931 e promulgada pelo Presidente *Sánchez Cerro* (09/04/2010)³⁶⁰;

³⁵⁹ Em realidade, tal constituição aplicou-se apenas tardiamente, pois ao promulgar a Constituição de 1823 o Congresso suspendeu sua aplicação enquanto o Libertador Bolívar exercia a suprema autoridade da República. PAREJA, 1973, p. 1.

(p) a Constituição de 1979, promulgada pela Assembleia Constituinte de 12 de julho de 1979. Foi ratificada pelo Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry, em 28 de julho de 1980. Vigeu até 29 de dezembro de 1993.

(q) A atual Constituição Política do Peru de 1993 foi redigida no início do governo de Alberto Fujimori e aprovada mediante o referendun de 1993.

A organização institucional e política do Peru, num período de apenas 18 anos, passou por seis regimes constitucionais. O primeiro deles, iniciado por San Martín, tinha inspiração monárquica, tendo fracasso, antes mesmo de concretizar-se. O segundo corresponde ao primeiro Congresso Nacional, responsável pela constituição republicana liberal de 1823. O terceiro foi o transplante da Constituição escrita – perfectibilizada pelos colégios eleitorais, em 1826 – à República da Bolívia, por Bolívar. O quarto foi o Congresso Constituinte, de 1828, responsável pela Constituição de 1828. O quinto foi a Convenção Nacional de 1833-34, de onde nasceu a Constituição de 1834. O último, foi as Assembleias de Sicuaní e de Huaura, que preparam o caminho à Confederação Peru-Bolívia, erigida em Tacna, por um pequeno grupo de Plenipotenciários, nomeados por Santa Cruz. Destes seis regimes, três foram liberais (1823, 1828 e 1834); e três foram autoritários (1821, 1826 e 1836)³⁶¹.

Entre *golpes e rupturas*, entre *avanços e retrocessos*, entre *estatutos políticos e constituições* foram desenvolvendo os peruanos, lenta e gradualmente, seu *processo político* e suas *instituições jurídicas*. Influenciados pelo Direito Francês, pelo Direito Norte-Americano e obviamente pelo Direito Espanhol aclimataram suas instituições às realidades daqueles países. O controle de constitucionalidade, por exemplo, por vezes tende à matriz norte-americana, pois descentraliza a atividade de controle a todos os juízes do ordenamento jurídico; por vezes segue o *controle político* (baseados no direito francês), bem como não se afasta do modelo europeu, na medida em que criou uma corte com poderes de rechaço da lei inconstitucional. Mas vejamos, nos tópicos subsequentes, a evolução do *controle de constitucionalidade* no sistema peruano, para

³⁶⁰ PAREJA, 1973. pp. 1-3

³⁶¹ PAREJA, 1973. pp. 19.

objetivamente julgarmos se ele tende mais ao modelo de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* ou ao modelo de estrutura *separada-centralizada-dualista*.

46. A Constituição de Cádiz e a Supremacia da Constituição

A influência *francesa e norte-americana* não excluiu, de forma alguma, os efeitos da expansão *espanhola* nas Américas. A constituição de Cádiz³⁶² bem atesta isto, pois por *Ordem Real* de 22 de janeiro de 1809 – considerando os *domínios da América* não como colônia, mas como parte integrante da *Monarquia espanhola* – o *Rei de Espanha* encaminhava pedido para que lhes encaminhassem deputados com a missão de participar da *Assembleia Constituinte*³⁶³. Figura notável, com destacada atuação na condução dos trabalhos, foi *Vicente Moraes*, catedrático da *Universidade de San Marcos*, intelectual avançado, inteligência aguda, fazendo parte, em Espanha, de diversas comissões, entre outras, à Comissão de elaboração da Constituição de Cádiz, sendo, inclusive, eleito *vice-presidente* daquela *Assembleia*³⁶⁴.

As sessões de Cádiz ocorriam na igreja de *San Felipe de Néri*, enquanto as forças populares guerreavam contra o invasor *francês*. Foi neste cenário que se promulgou a *Constituição de Cádiz* solenemente, em 19 de março de 1812. Constava esta Carta de *dez títulos e 384 artigos*, compreendendo, em síntese, a organização institucional do Estado e da *Monarquia da Mãe Pátria da nação Espanhola*³⁶⁵. Como o Peru integrava a Monarquia de Espanha, a Constituição de Cádiz, de 1812, foi, de fato, a primeira *Carta de Direitos* a vigorar naquele país.

Mas qual teria sido a contribuição desta *Constituição* para o Controle de Constitucionalidade ou mesmo para a incipiente administração da justiça? A

³⁶² “Luiz Alayza Paz Soldán ha señalado que para los peruanos la Constitución de Cádiz representó su bautismo político, y aunque su vigencia fue mucho más efímera que la de las inúmeras Cartas republicanas, tuvo más hondas y duraderas repercusiones” PAREJA, 1973, p. 42.

³⁶³ Ver, a convocatória das cortes e a representação das províncias peruanas em PAREJA, 1973. pp. 35-43.

³⁶⁴ Por todos, ver: GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 831-833.

³⁶⁵ PAREJA, 1973. pp. 37-8.

Constituição de *Cádiz* reservou o *Título V à administração da justiça*³⁶⁶, expressando em tal título diversas prerrogativas, tais como: a *inamovibilidade dos juízes*, suprimiu-se nela os *tribunais de exceção*, conservou-se o *foro eclesiástico* e o *militar*, bem como foram estabelecidas normas constitucionais avançadas em matéria penal³⁶⁷.

Mesmo que não haja na *Constituição de Cádiz*, de 1812, um mecanismo próprio de *controle de constitucionalidade* das leis, não podemos deixar de reconhecer que ela foi um antecedente importante à *América*. Como a *Constituição de Cádiz* foi a *Constituição da Monarquia espanhola*, a *Ibero-América*, em geral; o *Peu*, em especial valeram-se dela, para elaborar suas Cartas Constitucionais. Embora não tenha reconhecido expressamente o *controle de constitucionalidade*, encontra-se nela, nas suas entrelinhas, tanto a *Supremacia da Constituição*, quanto o reconhecimento de *normas fundamentais*. Destarte, as primeiras *Constituições peruanas* valeram-se não só da *Constituição de Cádiz*, mas também da *Constituição norte-americana* para elaborar a técnica do controle de constitucionalidade das leis³⁶⁸.

47. As Constituições peruanas de 1856 e de 1979: a introdução dos controles

A *Supremacia da Constituição* aparece (seguindo a *Constituição de Cádiz*) nas *Constituições peruanas* de 1821, 1823, 1826, 1828, 1834, 1839. Foi somente a *Constituição de 1856*, de efêmera duração (derrogada pela *Constituição Peruana* de 1860, a qual subsistiu até 1920), que o *Direito Constitucional peruano* reconheceu, em texto legal, que toda a lei que contrariasse à *Constituição* era *nula* (art. 10). O reconhecimento da nulidade em texto normativo não significava, *a priori*, que estivessem instituindo técnica do Controle de Constitucionalidade das leis. Neste campo

³⁶⁶ Para a época a *Constituição de Cádiz* apresentava uma estruturação digna de nota. Apenas por curiosidade havia um *Título* que detalhava a organização e o funcionamento do poder legislativo (*Título III*); o *Título IV* tratava da autoridade do Rei, instituindo, inclusive, um *Conselho de Regência* e um *Conselho de Estado*; o *Título VI* tratava da administração municipal e provincial; o *Título VII* tratava do sistema tributário; o *Título VIII* tratava da força militar; o *IX* da educação pública, do qual cabe destacar o importante artigo 371, que consagrava a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, direito de propriedade e de petição; o *Título X* tratava da observância e reforma da *Constituição*. PAREJA, 1973. p. 40.

³⁶⁷ PAREJA, 1973, p. 39.

³⁶⁸ GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 831.

a história peruana apresenta o divórcio entre o *estatuto legal* e o *caso real*. Mesmo que assentado constitucionalmente o instituto, a realidade processual incipiente não dava conta do cumprimento constitucionalmente desejado.³⁶⁹

Doutrinariamente, o *controle de constitucionalidade* vinha sendo desenvolvido tanto por *Bartolomé Herrera*, quanto pelo seu discípulo *Felipe Masías*. Em 1848, Bartolomé Herrera, comentando o Compêndio de Direito Público de Pinheiro Ferreira, traduzido por ele do Francês, atribuiu ao Poder Moderador a função de controle. Em 1855, *Felipe Masías* escreve em seu *Manual de Direito Público* (inspirado em Tocqueville), que a *função de controle* deveria ficar a cargo do *Poder Judiciário*³⁷⁰.

Em 1919, uma *Comissão de Parlamentares*, presidida pelo jurista *Javier Prado* (*Comisión Prado*) propôs introduzir o *controle de constitucionalidade* na *Constituição*, e deixá-lo a cargo da Suprema Corte. Entretanto, na versão final da *Constituição* de 1920, o texto sequer foi debatido no plenário, ao fundamento de ser muito avançado à sociedade de então. Leve-se em conta, porém, que a *Constituição Peruana de 1920* serviu para justificar uma *ditadura*, não se coadunando com os ideais de *justiça*, muito menos com o *controle de constitucionalidade* das leis idealizado pelo ilustre *Javier Prado*.

O “fracasso da *Comisión Prado*” seria corrigido pela *Comissão Reformadora do Código Civil de 1922*. Dispôs ela sobre o *princípio da inaplicação*, quer dizer: **do conflito entre uma norma constitucional e um texto legal dever-se-ia prevalecer à primeira, em detrimento da segunda**³⁷¹. O texto do *Código Civil* só foi promulgado, entretanto, em 1936. O *princípio da inaplicação* se generalizada em 1963, pois acaba sendo inserido na *Lei Orgânica do Poder Judiciário*³⁷². O *controle de constitucionalidade* alberga-se no *Código Civil*, na *Lei Orgânica do Poder Judiciário*, faltava, ainda, generalizar-se no texto constitucional. A *Constituição Peruana de 1979*

³⁶⁹ GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 832.

³⁷⁰ Ibidem, p. 832. Ver, ainda: PALOMINO MANCHEGO, José F. Control y Magistratura Constitucional. In: CASTAÑEDA OTSU, Susana. (Coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Jurista Editores, 2003. p. 171.

³⁷¹ GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 832.

³⁷² Ibidem, pp. 832-3.

alberga, pela primeira vez³⁷³, o controle “difuso” (de técnica *cumulada-descentralizada-monista*) de Constitucionalidade³⁷⁴.

O Peru, tanto quanto diversos países da Ibero-América, embora em momentos diferentes, entregou ao Poder Judiciário a *função de controle de constitucionalidade* das leis. Inicialmente, essa função era *descentralizada* a todos os juízes, pois *cumulavam* o poder de rechaço, adotando técnica de *jurisdição monista*. Ocorre que, ao lado do “controle difuso”, a cargo do Poder Judiciário, é instaurado, em 1979, o *Tribunal de Garantías Constitucionales*. A perplexidade inicial da doutrina era “*dos sistemas coexistiendo en un mismo ordenamiento*”³⁷⁵,

A inserção do *Tribunal de Garantías Constitucionales* (hoje *Tribunal Constitucional*) deve-se, em grande parte, a motivos políticos. Em 1968 passaram os peruanos por uma ditadura militar, pois *General Juan Velasco Alvarado* depôs o presidente eleito Fernando Belaúnde Terry, do partido Ação Popular. A *junta militar* que ficou no poder por *doze anos* foi *desenvolvimentista, modernizadora*, mas também *ditatorial*. A estratégia era esvaziar o Poder Judiciário e o fizeram “*intervindo, reformando e manejando, segundo seus caprichos*”³⁷⁶. Prestes a terminar a ditadura e levando-se em conta que o Poder Judiciário não havia sido um grande defensor dos Direitos Fundamentais³⁷⁷, os Constituintes de 1979, em sua grande parte, opositores do regime, demonstraram forte desconfiança frente ao Poder Judiciário³⁷⁸.

³⁷³ CYNTHIA VILA defende, entretanto, que o *modelo difuso* foi introduzido na legislação peruana com a Constituição de 1856. CYNTHIA VILA. **El Control Difuso y el Control Concentrado en el Sistema Peruano de Justicia Constitucional**: Eficacia de la Judicial Review a dos Siglos de su Creación. Lima, s.d., p. 1.074. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/46.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2011. De outro lado, discordando dela, GARCIA BELAUNDE refere que a *Constituição peruana de 1856*, de duração efêmera, “*se trataba de un principio inconcluso*”. Teoricamente perfeito, principiologicamente idealizado, porém, na prática, carente do remédio constitucional que lhe dá sustentação. Tal declaração formal de direitos necessitaria da máxima Britânica: “*remedies precede rights*”. De nada vale a *declaração formal de direitos*, se não há o *remédio processual respectivo*. VIGORITI, Vicenzo. *Garantie Costituzionali del Processo Civile*. Padova: CEDAM, 1973, p. 30, *apud*. JAYME, Fernando Gonzaga. *O Devido Processo Legal*. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-MG**, Belo Horizonte, MG, Brasil, v. 3, n. 5 e 6, p. 63- 75.

³⁷⁴ GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 833.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 833.

³⁷⁶ *Ibidem*

³⁷⁷ GARCIA BELAUNDE menciona que os juízes “por miedo, temor o connivencia, coonestó muchos actos de la dictadura”. GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 833.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 833.

A solução já adiantamos, uma vez que os peruanos configuraram uma instituição com a *função* precípua de *declarar a inconstitucionalidade das leis*, tendencialmente imune às pressões externas. Mas não ficaram restritos à criação do *Tribunal de Garantías Constitucionales*. Fecharam o cerco por uma solução mais ampla: de um lado consagraram, pela primeira vez no texto constitucional, o controle da lei a cargo de qualquer juiz (*função controladora descentralizadora*); de outro lado, criaram o *Tribunal de Garantías Constitucionales*, com a função a de conhecer em sede de cassação as resoluções denegatórias de *habeas corpus* e de *amparo*, bem como a *ação de inconstitucionalidade*, ou seja, o controle da lei em *abstrato* (*função controladora centralizadora*)³⁷⁹.

48. A Constituição peruana de 1993

Este tópico aprofundará o *controle cumulado e separado* na *Constituição peruana de 1993*³⁸⁰. Mas seguirá o seguinte plano: *Primeiro* analisaremos os títulos e capítulos onde se inserem os controles. O *Segundo* passo será verificar as normas que estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. O *terceiro* analisará a peculiaridade peruana do controle de constitucionalidade por *Tribunais Administrativos*. Em *quarto* lugar, o procedimento no *controle difuso-cumulado* e o *concentrado-separado*. Em *quinto* lugar, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Após*, as sentenças atípicas do Tribunal Constitucional. Por fim, algumas peculiaridades do controle de constitucionalidade peruano.

48.1 Posição geográfico-constitucional da matéria

A vigente constituição peruana mantém, no mesmo sistema, as duas formas de controle de constitucionalidade (*cumulado-difuso* e o *separado-concentrado*). A matéria aparece regulamentada nos Títulos IV e V da Constituição, que tratam, respectivamente, da “*Estrutura do Estado*” e das “*Garantias Constitucionais*”. Do Título IV, importa

³⁷⁹ GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 833-4.

³⁸⁰ Acessamos a Constituição Peruana pelo sítio do Tribunal Constitucional Peruano, com última alteração realizada pela Lei 28.839, de 17/11/2004. Todas as referências que faremos aos artigos desta Constituição foram retiradas do sítio do TC, motivo pelo qual remetemos o leitor ao link anexado. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em 22 dez. 2011.

analisar os Capítulos II e VIII, que tratam, respectivamente “*Da Função Legislativa*” e do “*Poder Judiciário*”. A função legislativa é trabalhada no artigo 103³⁸¹, e o Poder Judiciário no artigo 138³⁸².

O artigo 103 da Constituição Peruana de 1993 além de regulamentar a função legislativa menciona que a *lei* só se derroga por outra *lei*, mas acrescenta: “*también ficam sem efeito por sentencia que declara sua inconstitucionalidade*”, ou seja, reconhece expressamente o “*control difuso*” (de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*) de constitucionalidade. Tal estrutura *descentralizada de rechaço da lei inconstitucional* é corroborada, ainda, no artigo 138, pois “*em todo processo no qual exista incompatibilidad entre una norma constitucional e una norma legal, os juízes preferem à primeira*”³⁸³. Mas se o controle de constitucionalidade cabe a todos os juízes e tribunais, caberia saber, quais as normas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade das leis?

48.2. Normas sujeitas ao controle de constitucionalidade

Quais as normas podem ser objeto de controle? As leis objeto de controle de constitucionalidade, genericamente falando, são (1) *leis do Parlamento*. Entretanto, ao lado da “lei”, aparecem os (2) *Decretos-Leis*³⁸⁴. BELAUNDE refere, de acordo com cálculos aproximados, que quase a metade da legislação dos últimos cinquenta anos³⁸⁵,

³⁸¹ **Artículo 103°.** Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. **También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. [negritamos]** Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em 22 dez. 2011.

³⁸² **Artículo 138°.** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. [negritamos] Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em 22 dez. 2011.

³⁸³ GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 833-4.

³⁸⁴ Os *decretos-leis* previstos no artigo 118, inciso 19, entregam ao Presidente a competência para expedir *medidas extraordinárias*, mediante decretos de urgência como força de lei, algo assemelhado às nossas Medidas Provisórias. A peculiaridade peruana é a exigência de aprovação do Conselho de Ministros. A compreensão das medidas extraordinárias passam pela leitura dos artigos 74, 118 inc. 19, 123 inc. 3, 125 inc. 2. Como não aprofundaremos nesta tese a matéria dos *decretos-leis*, remetemos os leitores aos respectivos artigos. Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>, acesso em 22 dez. 2011.

³⁸⁵ Importante destacar que o livro citado aponta dados de 1996.

são originárias de *Decretos-Leis*, ou seja, *emanadas de governos de fato*³⁸⁶. Desde 1963 e, mais concretamente após 1980, admite-se que os *Decretos-Leis* possuem igual hierarquia e vigência que as *leis ordinárias*³⁸⁷. Além das *Leis do Parlamento*, dos *Decretos-Leis*, existem os (3) *Decretos-Legislativos*. Verdadeira delegação do Congresso ao Poder Executivo. A regulamentação constitucional aparece no artigo 104 e 125, 2 da Constituição do Peru³⁸⁸ e se assemelha às nossas *leis-delegadas*. BELAUNDE refere que os *Decretos-Legislativos* são, em verdade, *decretos do Poder Executivo*³⁸⁹, porém igual, em tudo, às leis do Parlamento.

As (4) *Leis Orgânicas* assemelham-se às nossas *Leis Complementares*, pois exigem *quórum* diferenciado, bem como versam sobre matérias especificadas. Os (5) *Regulamentos do Congresso* que regula e precisa às atribuições e funcionamento do Parlamento. A inconstitucionalidade, neste caso, aplicar-se-ia de maneira restrita aos congressistas à instituição. Os (6) *Tratados Internacionais* fazendo parte do direito nacional podem ser objeto de controle de constitucionalidade. O (7) *Decreto de Urgência*, embrionário da Carta de 1979, pode, em certas circunstâncias, deixar a lei sem efeito, e neste caso caberia ação de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 200, 4 da Constituição peruana de 1993³⁹⁰. As (8) *Normas Regionais* que atualmente não existem, pois o Peru é um Estado Unitário. As Regiões, em verdade, foram desativadas, sendo administradas pelo Ministério da Presidência. Por fim, (9) as *Ordenanças*

³⁸⁶ GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 834.

³⁸⁷ Ibidem, p. 834.

³⁸⁸ **Artículo 104°**. El Congreso puede delegar en el **Poder Ejecutivo** la facultad de **legislar**, mediante **decretos legislativos**, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo. **[negritamos]**

Artículo 125°. Son atribuciones del Consejo de Ministros:

2. Aprobar los **decretos legislativos** y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley. **[negritamos]** Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>, acessado em 23 de dezembro de 2011.

³⁸⁹ GARCIA BELAUNDE, 1997, p. 834.

³⁹⁰ **Artículo 200°**. Son garantías constitucionales:

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

*Municipais*³⁹¹, dos governos locais, pois organizam, administram ou prestam serviços públicos relacionados à vida local³⁹².

48.3. O controle de constitucionalidade por órgãos da administração

Contesta-se, ainda, no *sistema constitucional peruano* a possibilidade de controle de constitucionalidade por *Tribunais Administrativos* e por *Órgãos Administrativos Colegiados*. Não se admite, peremptoriamente, que tal controle seja realizado pela *Administração Comum*. Pode-se dizer que a ineficácia do *control difuso-cumulado* tem gerado esta dúvida. O Tribunal Constitucional Peruano havia se manifestado, em 2003, segundo BUSTAMENTE ALARCÓN³⁹³, negativamente à possibilidade de controle de constitucionalidade pela administração, nos seguintes termos:

“(...) la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable³⁹⁴”.

³⁹¹ Importante referir que existe no sistema constitucional peruano a possibilidade de controle de constitucionalidade concentrado-separado sobre normas municipais. GARCIA BELAUNDE, 1997. p. 835.

³⁹² GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 834-5.

³⁹³ BUSTAMENTE ALARCÓN, Reynaldo. **Control Difuso y Administración: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?**, Lima, 2002, pp. 4-5. Disponível em <http://bustamanteasociados.com/pdf/Control_difuso.pdf>. Acesso em 23 dez. de 2011. Tal artigo foi publicado também na **Revista Jurídica del Perú**, Ano LII n° 41, Revista especializada en jurisprudencia y doutrina, 2002, Trujillo, pp. 35-62.

³⁹⁴ PERU. Tribunal Constitucional peruano. **Sentencia del 9 de enero de 2003**, Fundamento n° 3. Emitida en el Expediente n° 007-2002-AI/TC.

Tal posicionamento vem a ser alterado, segundo o mesmo autor, em 2005. Para ele a recente decisão do *Tribunal Constitucional* passa a admitir o controle de constitucionalidade pelos *Tribunais e Órgãos Colegiados da Administración*. Alega BUSTAMENTE ALARCÓN que a *Supremacia da Constituição*, bem como sua *força normativa, per si*, já seriam fundamento para que a Administração aplicasse diretamente a Constituição, exercendo o *control difuso-cumulado de constitucionalidade*³⁹⁵. Mas vejamos o trecho da sentença do Tribunal Constitucional, para tirarmos nossas próprias conclusões:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución³⁹⁶”.

A tese de BUSTAMENTE ALARCÓN nos parece um pouco extremada. Posição mais moderada foi apresentada por MORALES SARAIVIA³⁹⁷. Tal posição é referendada pela Associação Peruana de Direito Administrativo³⁹⁸. Mas vejamos as razões pelas quais o constitucionalista em questão sustenta a impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade de leis pelos Tribunais e Órgãos Colegiados da Administração.

³⁹⁵ BUSTAMENTE ALARCÓN, 2002, p. 27.

³⁹⁶ PERU. Tribunal Constitucional. STC de 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública), expedida el 11 de octubre de 2006, fundamento n° 50, en el Expediente n° 3741-2004-AA/TC.

³⁹⁷ MORALES SARAIVIA, Francisco. *Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la Posición del Tribunal Constitucional del Perú*. **Gaceta del Tribunal Constitucional**, n° 3, jul-set de 2006, p. 3, disponível em <http://tc.gob.pe/gaceta/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Control_constitucional_Morales.pdf>. Acesso em 23 dez. 2011.

³⁹⁸ Tal discussão não é travada unicamente no Peru. Ver recente artigo de BIASCO, Emílio. *Ajuste de la administración a la constitución y a las leyes*, s.l., s.d. Disponível em <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/adconst.PDF>>. Acesso em 23 dez. 2011.

A administração pública (1) submete-se ao princípio da legalidade, estando obrigada a executar e a cumprir a lei; (2) se a administração verificar a inconstitucionalidade da norma deveria submetê-la ao órgão competente para controlá-la; (3) o controle *difuso-cumulado* é exercido dentro de um processo judicial, e não administrativo; (4) a interpretação coerente da constituição leva a crer, que as instâncias jurisdicionais são as únicas habilitadas constitucionalmente a exercer o controle de constitucionalidade; (5) como diversos órgãos da administração exercem a função administrativa, bem como há um processo crescente de descentralização administrativa que não se sabe bem que resultado terá, seria temerário possibilitar à Administração o controle de constitucionalidade das leis. Por fim, (6) os *procedimentos, atos e decisões* administrativas têm natureza distinta dos atos jurisdicionais³⁹⁹.

48.4. Organização e procedimento no poder judiciário

A organização do poder judiciário aparece escalonada em quatro níveis: na base os *juízes de paz*; acima destes, os *juízes de primeira instância* (especializados em direito civil e penal); a *Corte Superior de Justiça*⁴⁰⁰, instância máxima em cada distrito judicial; por fim, a *Corte Suprema da República*. As causas pequenas iniciam perante os juízes de paz, e terminam no primeiro grau, a *Suprema Corte* conhece poucos casos em sede de *cassação*, porém, como regra, os casos iniciam nos juizados de primeira instância e terminam na Corte Superior de Justiça. Entretanto, se for caso de cassação a matéria sobe à Corte Suprema, suspendendo-se a sentença ordinária. Decidida a matéria pela Corte Suprema, a mesma retorna à instância inferior para que a sentença do juiz adeque-se à resolução suprema⁴⁰¹.

Toda vez que os juízes ordinários declararem a inconstitucionalidade de uma lei devem levar esta decisão ao conhecimento da *Corte Suprema*. Tal postura ajudaria a ordenar a jurisprudência, bem como possibilitaria o envio de *projetos de lei*, por parte da *Suprema Corte* (utilizando sua capacidade de iniciativa), *ao parlamento*; atitude que,

³⁹⁹ MORALES SARAVIA, 2006, p. 3.

⁴⁰⁰ Atua em segundo Grau de jurisdição, sendo que há 24 no Peru.

⁴⁰¹ GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 836 e 846.

diga-se de passagem, não tem sido observada no ordenamento jurídico peruano⁴⁰². Este é o modelo de *controle de constitucionalidade clássico*, e em certo sentido preponderante, no direito constitucional peruano.

De outro lado, existe a via de controle exercida pelo *Tribunal Constitucional*, que pode: (1) conhecer, de forma direta, a *ação de inconstitucionalidade*; (2) resolver os conflitos de competência, ou de atribuições entre as repartições do Estado; (3) resolver, em última instância, as resoluções denegatórias de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data* e *ação de cumprimento*. O *Tribunal Constitucional* possui apenas duas funções privativas (controle abstrato e conflitos de competências); nos demais casos, atuam como juiz de última instância, em casos denegatórios. A atual constituição não menciona mais *cassação*, mas *instância*; estando o Tribunal Constitucional enlaçado ao Poder Judiciário.

Como o sistema peruano combina as duas modalidades de controle de constitucionalidade (difusa-cumulada e concentrada-separada), BELAUNDE achava, na década de 80, que estava diante de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade. Com o passar do tempo, e analisando o controle colombiano e venezuelano, atesta ter mudado de posição, uma vez que, em realidade, enxerga, no mesmo ordenamento jurídico, as características de ambos os sistemas, mas cada um atuando de forma independente. Sustenta não haver *mistura*, nem *fusão* no Direito Peruano, visto que o *Poder Judiciário* e o *Tribunal Constitucional*, cada qual, exercem suas competências. O modelo peruano, na visão do constitucionalista, é *dual* ou *paralelo*.

48.5. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Como o controle de constitucionalidade é *paralelo* e *dual* os efeitos das declarações de inconstitucionalidade variam segundo o modelo adotado. No controle *difuso-cumulado* os efeitos serão sempre *inter partes*⁴⁰³. As sentenças em *habeas*

⁴⁰² GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 836 e 846.

⁴⁰³ Ibidem, p. 838.

corpus, amparo, habeas data e em *ação de cumprimento* possuem, portanto, efeitos *inter partes*⁴⁰⁴.

Em 1982 foi sancionada a lei que regulamenta a *ação de amparo* e de *habeas corpus* (Lei 23.506). No artigo 9º tratou da força vinculante da jurisprudência, objetivando que os juízes ordinários devessem seguir a orientação das Cortes Superiores. A ideia era assentar um corpo de princípios que enriquecesse a problemática constitucional. De outro lado, facultou-se aos juízes ordinários deixarem de aplicar os precedentes, quando verificassem poderosas razões para tanto. Lamenta BELAUNDE que tanto o *Tribunal de Garantías Constitucionales*, quanto a *Corte Suprema de Justicia*, não tenham se empenhado em fixar os princípios jurisprudenciais válidos e orientadores de caráter geral⁴⁰⁵.

No controle *concentrado-separado* o efeito é sempre *ex nunc*, uma vez que o art. 204 da Constituição determina que a lei declarada inconstitucional fica sem efeitos no dia seguinte ao da publicação da decisão do Tribunal Constitucional no diário oficial⁴⁰⁶. Entretanto, o *artigo 83 del Código Procesal Constitucional* determina que a declaração de inconstitucionalidade “*‘aniquila’ todo efeito que a norma possa cumprir; inclusive os que possa ter cumprido no passado, no caso que haja versado sobre matéria penal ou tributária*”⁴⁰⁷.

48.6. Sentenças atípicas do Tribunal Constitucional: *interpretativas y manipulativas*

A concepção clássica do Tribunal Constitucional como *legislador-negativo* vem cedendo espaço, segundo GONZALES MENDEZ, a pronunciamentos paralelos e *atípicos*, pois deixam de serem as sentenças “*puramente estimatorias o desestimatorias*”

⁴⁰⁴ GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 838 e 847.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 847.

⁴⁰⁶ Ibidem, pp. 838-839.

⁴⁰⁷ RUBIO CORREA, Marcial. **La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima, s.d. Disponível em <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/952.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011.

[e as relações passam a ser conformadas por sentenças] *interpretativas* (...) *manipulativas (reductoras, aditivas y sustitutivas)*⁴⁰⁸”.

O controle se opera sobre a norma, e não apenas sobre o texto da norma⁴⁰⁹. Do mesmo texto se extrai mais de uma norma, mais de um significado. Assim que o juiz ao interpretar o texto legal, deve-se ater ao enunciado normativo e não à estrita literalidade do texto. A decisão prolatada deve, entretanto, na medida do possível, manter a lei no ordenamento jurídico e salvaguardar a constitucionalidade dela, em prol da segurança jurídica e previsibilidade das relações do Estado⁴¹⁰. Tal peculiaridade é repetida na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (*en su segunda disposición general*), pois determina que os juízes e tribunais somente deixem de aplicar disposições contrárias à Constituição quando, pela via interpretativa, não for possível a adequação da norma ao ordenamento Constitucional⁴¹¹.

Para os constitucionalistas peruanos⁴¹², as *sentenças atípicas interpretativas* auxiliariam no preenchimento das lacunas existentes àquele ordenamento jurídico. A norma em si poderia produzir efeitos deletérios no ordenamento jurídico se fosse interpretada na maneira A, B ou C. Pondera-se, para salvaguardar a norma, uma interpretação D. Pela sentença interpretativa o Tribunal Constitucional “escoge cuál interpretación, de las varias que existan, es acorde a los designios de la Constitución; es decir, escogerá cuál interpretación es constitucionalmente válida (...)”⁴¹³. Neste caso, não se anula a norma Constitucional, visto estar dando uma interpretação conforme. As interpretações inconstitucionais A, B e C poderiam ser rechaçadas, bem como os efeitos produzidos pela opção destas interpretações.

⁴⁰⁸ GONZALES MENDEZ, Luis F. **Las Sentencias Atípicas del Tribunal Constitucional**, Lima, s.d., p. 1. Disponível em <<http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/18%20articulo%20-%20Sentencias%20Atipicas%20del%20TC.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2011.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 3.

⁴¹⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas – Interpretativas (Normativas). **Gaceta del Tribunal Constitucional**, Lima, s.d., p. 39, disponível em <http://www.tc.gob.pe/gaceta/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf>. Acesso em 26 dez. 2011. Ver ainda GONZALES MENDEZ, s.d., p. 7.

⁴¹¹ GONZALES MENDEZ, s.d., p. 10.

⁴¹² GARCÍA TOMA, s.d., pp. 36 e ss.

⁴¹³ GONZALES MENDEZ, s.d., p. 8.

Acrescente-se que o Tribunal Constitucional Peruano tem se utilizado da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, na medida em que nas sentenças *interpretativas estimatorias* consideram inconstitucional, certas interpretações do texto legal. Laura Sturlese, comentando as *sentencias interpretativas de denegación*, sustenta que “*se declara la cuestión infundada, a condición de que la norma impugnada sea interpretada en el modo indicado*” ao passo que as *sentencias interpretativas de acogimiento* “*la norma es declarada ilegítima si se la interpreta en un cierto modo, mientras que la misma norma es legítima si se la interpreta en otros modos*”⁴¹⁴.

Por fim, há as sentenças *manipulativas* do Tribunal Constitucional. A manipulação do texto normativo pelo Tribunal levanta sempre muitos questionamentos, pois tal órgão acaba, *ceteris paribus*, influenciando direta ou indiretamente, todo o ordenamento jurídico. Toda vez que o juiz usa deste mecanismo acaba impondo uma interpretação que não se deduz, com muita clareza, do texto impugnado; mas que, de outro lado expulsar a norma do ordenamento seria também inconveniente. Neste caso

Por fim, fazemos referencias às sentenças *manipulativas* do Tribunal Constitucional. Há casos teratológicos em que o Tribunal não se pode valer da interpretação conforme. Não que não queira, mas em razão de o preceito legal não admitir. Nestes caso os juízes têm manipulado o texto normativo para gerar um conteúdo constitucionalmente válido (legislador-positivo), uma vez que a expulsão da norma do ordenamento jurídico também geraria inconvenientes. Estas sentenças serão (1) *reductoras*, quando restringirem o âmbito de aplicação do preceito; (2) *aditivas*, quando incluírem algo novo não previsto no preceito; e (3) *substitutivas*, quando substituírem termos na lei⁴¹⁵.

48.7. Demais peculiaridades do controle peruano

⁴¹⁴ STURLESE, Laura. **Tribunal Constitucional y sistema inconstitucional italiana**. p. 175. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/626/113.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011. Ver ainda: GROPPI, Tania. **Hacia una Justicia Constitucional “Dúctil”?** Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana, p. 496. Disponível em <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/90934.pdf>>. Acesso em 26 de dez. 2011.

⁴¹⁵ GONZALES MENDEZ, s.d., p. 14.

Para terminarmos a análise do controle de constitucionalidade do Peru vamos apontar, ainda, algumas especificidades deste controle. Uma delas vem a ser a possibilidade de se conferir *efeito vinculante* às sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional. César Landa refere que – amparado no artigo VII do *Código Procesal Constitucional* – as sentenças do Tribunal Constitucional que adquiram a autoridade de coisa julgada constituem precedente vinculante quando assim expresse a sentença, precisando o extremo de seu efeito normativo, converte-se em precedente vinculante às situações análogas⁴¹⁶.

Outra especificidade vem a ser a possibilidade excepcional de Controle de Constitucionalidade de normas já revogadas. Em certos casos era possível que uma norma já revogada viesse a gerar efeitos *ultractivos*. O caso referido tratava da lei 28.568, que modificava o art. 47 do Código Penal ao afirmar que a prisão domiciliar previa abonava a pena privativa de liberdade futura. Em 21 de junho de 2005, quando o processo de inconstitucionalidade estava por resolver-se, a lei 28.568 foi revogada pela lei 28.577. O Tribunal deparou-se com o problema e declarou que podia verificar a constitucionalidade daquela norma. Acrescentou que a *revogação* é uma categoria substancialmente distinta da *inconstitucionalidade*, enquanto aquela não necessariamente elimina os efeitos da lei revogada (efeitos *ultractivos*), esta “aniquila” todo efeito que a norma possa cumprir, ou que tenha cumprido no passado⁴¹⁷.

Cabe ainda mencionar a inexistência de controle de constitucionalidade por Omissão no Peru⁴¹⁸, bem como a não vinculação do Tribunal Constitucional aos seus próprios precedentes. O artigo 82 del *Código Procesal Constitucional* determina que as decisões do Tribunal Constitucional vinculam todos os poderes, mas caso o parâmetro constitucional venha a ser alterado pode o Tribunal Constitucional afastar-se do precedente vinculante sempre que as circunstâncias de fato e de direito demonstrem

⁴¹⁶ LANDA, César. **El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano**. s.l., s.d., pp. 367 e 380. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr19.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011. Ver ainda, GARCIA TOMA, s.d., pp. 48-49.

⁴¹⁷ RUBIO CORREA, s.d., pp. 10-11.

⁴¹⁸ CASIANO LOSSIO, Ivan. **La acción procesal constitucional de inconstitucionalidad por Omisión a raíz de los silencios legislativos**. Lima, s.d. Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/la-accion-procesal-constitucional-de-inconstitucionalidad>>, Acesso em 26 dez. de 2011.

razões fortes para tanto⁴¹⁹. Rubio Correa também excepciona a vinculação do Tribunal Constitucional, pois: “cuando los fundamentos constitucionales de una sentencia cambian, la aplicación de dicha sentencia tiene que modificarse a los nuevos principios constitucionales en vigencia”, posto que “ningún derecho es ilimitado y que tampoco lo es el de la cosa juzgada⁴²⁰”.

49. Função de controle e de aplicação das leis no direito peruano

Como vimos a Constituição de 1979, pela primeira vez na história peruana, estabeleceu uma “*fórmula mista*”, *dual* ou *paralela* de controle de constitucionalidade. Ao lado do controle *difuso-cumulado* estabeleceu-se o controle *concentrado-separado*. O princípio da inaplicação das leis contrárias à Constituição já aparecia no Código Civil de 1936. Tal princípio se generalizaria em 1963 com a Lei Orgânica do Poder Judiciário, sendo que seu reconhecimento expresso, em texto constitucional, dar-se-ia apenas com a Constituição de 1979⁴²¹. A cumulação deste controle difuso com o controle concentrado europeu deve-se à criação do *Tribunal de Garantías Constitucionais*.

As razões da criação do Tribunal já foram apontadas. De 1968 a 1980 passou o Peru por uma ditadura. Neste período os juízes não foram grandes defensores dos *Direitos Fundamentais*. Na constituinte de 1979 os opositores do regime, desconfiados da imparcialidade dos juízes, instituíram o *Tribunal de Garantías Constitucionais*. Caso o juiz ordinário não aplicasse os valores da Constituição haveria um órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pelo controle da constitucionalidade das leis. Estes controles inseridos no texto constitucional de 1979 foram recepcionados na Constituição peruana de 1993 e passaram a conviver harmonicamente.

A tese desenvolvida na parte primeira apontava para o problema da cumulação da *função de controle e de aplicação das leis*. Voltamos a verificar, portanto, a fusão

⁴¹⁹ LANDA, s.d., p. 367.

⁴²⁰ RUBIO CORREA, s.d., p. 13.

⁴²¹ GARCIA BELAUNDE, 1997. pp. 833-4.

dos fins e funções do Estado. O Direito Constitucional peruano permite que os juízes ordinários e o Tribunal Constitucional controlem a constitucionalidade das leis. Assim, além da *descentralização-monista* da *função de controle de constitucionalidade* por todos os órgãos do Poder Judiciário, existe a técnica *centralizada-dualista* que *concentra* a função de controle *abstrato* somente no Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional possui duas funções privativas (controle abstrato e conflito de competências entre as repartições do Estado), nos demais casos atua como órgão de última instância. Assim, as resoluções denegatórias de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data* e *ação de cumprimento* sobem até o Tribunal Constitucional para que ele atue em última instância. Esta peculiaridade aproxima os controles (centralizado e descentralizado), pois o *Tribunal Constitucional* não faz somente o controle de constitucionalidade das leis, mas atua como última instância nas matérias referidas.

O Tribunal Constitucional deixa de ser *puro*, pois se imiscui nas relações privadas e ordinárias. Sua *autonomia* diante do Poder Judiciário ordinário fica reduzida, pois a *função de controle* fusiona-se à *função de aplicação*. De outro lado, os juízes ordinários além de aplicarem as leis aos casos concretos, controlam a constitucionalidade destas leis à luz dos valores da Constituição. Os fins e funções do Estado se imiscuem na prática constitucional peruana, e se nossa tese estiver certa a cada poder deveria ser atribuído uma função. A cumulação, já mencionamos, engessa a máquina administrativa do Estado, sem contar que os valores inseridos na Constituição passam a ser controlados por juízes peruanos ordinários.

CAPÍTULO 2º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL MEXICANA

Regarding judicial review of constitutionality of statutes, since the 1994 constitutional reform, the Mexican system has moved from an original exclusive diffuse system into a mixed system of judicial review by the incorporation of the concentrated review method exercised by the Supreme Court by means of an abstract judicial review proceeding of statutes, with the power to decide in these cases with general binding effect⁴²².

50. As raízes do constitucionalismo mexicano

A *função de controle e de aplicação* das leis não apareceu no sistema mexicano da noite para o dia. Tais mecanismos brotaram do lento e gradual processo histórico de debates e lutas políticas travadas no seio da sociedade, por influência dos seus líderes. As tradições *norte-americana, espanhola e francesa* influenciaram neste processo, razão pela qual analisaremos neste tópico estas fontes de inspiração; para em seguida aprofundarmos os estatutos políticos e constitucionais mexicanos, desde a declaração de independência até a constituição atual. O instituto do *amparo mexicano* será importante às técnicas de controle de constitucionalidade, motivo pelo qual trabalhamos tal instituto com o aprofundamento necessário à compreensão e à evolução do controle de constitucionalidade no México.

A primeira e mais importante inspiração do constitucionalismo mexicano foi a *tradição* jurídica *norte-americana*⁴²³. O Controle de Constitucionalidade

⁴²² BREWER-CARÍAS, 2011a.

⁴²³ There is no question that the Mexicans greatly admired the United States and that they hoped to emulate our success – political stability and economic prosperity – which they attributed, in part, to our institutions and Constitution. KNOWLTON, Robert J. **The early influence of the United States Constitution in the western hemisphere:** the cases of the Mexican Constitution of 1824 and Bolivar's ideas. s.l., s.d., Department of History – University of Wisconsin – Stevens Point. Discussion Paper nº. 78. Disponível em: <<http://www4.uwm.edu/clacs/resources/pubs/pdf/knowlton78.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2011.

descentralizado-difuso, ínsito àquela tradição, influenciou todos os países da Ibero-América⁴²⁴. O controle de constitucionalidade mexicano, como esperado, adotou também a técnica de *descentralização* da função de *controle*. A inspiração estava, antes de tudo, em *Alexis de TOCQUEVILLE*. Traduziram a *Democracia na América* e a publicaram, pela primeira vez, em 1837. Em 1855, tal obra, vem a ser reimpressa, influenciando a Constituição mexicana de 1857, que por sua vez consolidava vários instrumentos do controle de constitucionalidade da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Outro instrumento *anglo-saxão* foi o *Habeas Corpus britânico*, instituto que veio a ser incorporado ao *juízo de amparo mexicano*. O modelo *federativo* norte-americano também foi transplantado pelos mexicanos⁴²⁵.

A *tradição hispânica*, em menor intensidade, mas não menos importante, influenciou o direito constitucional mexicano. Primeiramente pela língua, pela cultura, pela *simbiose* de mais de três séculos de *história política, econômica e cultural*. A história mexicana mesmo marcada pela curta vigência da Constituição de Cádiz, nunca perdeu suas *raízes hispânicas*, principalmente no que diz respeito à preponderância do organismo legislativo no conhecimento das violações constitucionais. E mais, não esqueçamos que o festejado *juicio de amparo* – castizo, ecovador y legendário – é oriundo dos antecedentes *castellanos y aragoneses*⁴²⁶.

A *tradição francesa* – diferentemente da *tradição anglo-americana* – deixou uma marca *conservadora* na história constitucional mexicana, pois instaurou no País o modelo do *centralismo Europeu*, cujo modelo paradigma era o regime francês. No que diz respeito à justiça constitucional mexicana adotou-se, daquela tradição, o modelo do Senado Conservador da Constituição do ano VIII, através do mecanismo denominado *Supremo Poder Conservador*, introduzido no México nas *Leis Constitucionais de 1836*⁴²⁷.

⁴²⁴ Cabe referir que diversos países optaram, posteriormente, pelo controle concentrado europeu; mas com isso não se está dizendo que não tenham sido, na sua origem, influenciados pela experiência norte-americana.

⁴²⁵ CARPIZO, Jorge; COSSIO DIAZ, Jose Ramon; FIX-ZAMUDIO, Hector. La Jurisdiccion Constitucional en Mexico. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La Jurisdiccion Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, s.l., 1997. pp. 748-749.

⁴²⁶ Ibidem, p. 749.

⁴²⁷ Ibidem, p. 749

Após termos analisado a influência *norte-americana, francesa e espanhola* na história mexicana, cabe-nos verificar, no texto constitucional, em que momento exatamente ingressou *o controle de constitucionalidade* naquele país, e mais; buscar saber se o México adotou o controle norte-americano de estrutura *cumulada-descentralizada-monista*, o controle europeu de estrutura *separada-centralizada-dualista*, ou se cumulou (tanto quanto o Peru) ambas as técnicas, dentro do mesmo sistema constitucional. Para tanto, é necessário analisarmos *as constituições, os projetos e os manifestos mexicanos*, desde a constituição de *Cádiz*, verificando o processo institucional evolutivo e racional pelo qual os Mexicanos instituíram o controle da constitucionalidade das leis.

51. Constituições, projetos e manifestos: as primícias do amparo mexicano

Findo o governo espanhol nas Américas; terminada a vigência jus-política da constituição de *Cádiz* (19 de março de 1812 a 24 de março de 1814), o *México* apresentava, ao menos nos seus primeiros cinquenta anos de história independente, uma completa *desestruturação política e institucional*. Viveram os mexicanos imersos em uma enormidade de *constituições, de projetos constitucionais e de manifestos políticos*. Quase sempre envoltos em *revoluções, guerra civil e golpes de Estado*⁴²⁸. Somava-se a isso a ignorância do povo, a fragilidade das elites, a falta de estadistas, bem como uma alta taxa de analfabetismo⁴²⁹.

Pelas razões apontadas, o povo mexicano apresentou fortes dificuldades para se adaptar à realidade *jurídica e social* nascente. A crise institucional foi remediada com o estabelecimento do *juicio de amparo*. Manuel Crescencio Rejón (*padre del amparo*), idealizou, para o Estado de *Yucatán* (em 1840), um projeto de Constituição, pelo qual facultava-se à Corte Suprema do Governo o direito de opor-se às violações da

⁴²⁸ Tal desestruturação política, econômica e cultural é atestada pelo cientista político CASTAÑEDA, Jorge. *Revolution and Foreign Policy: Mexico's Experience*. In: ASTIZ, Carlos A. **Latin American International Politics: ambitions, capabilities and the national interest of Mexico, Brazil and Argentina**. Indiana: University of Notre Dame Press, 1969. p. 138; Ver ainda, ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Derecho Constitucional y control de constitucionalidad en Latinoamérica**. Fortaleza: Casa de José de Alencar/Programa Editorial, 2000, p. 125; GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. **La aventura del Amparo Mexicano**. Disponível em: <<http://www.scjn.gob.mx/2010/rpni/Documents/Publicaciones/MEXICO.pdf>>. Acesso em 27 jan. de 2011.

⁴²⁹ BAKER, Richard D. **Judicial Review in Mexico: a Study of the Amparo Suit**. Austin and London: University of Texas Press for the Institute of Latin American Studies, 1971, p. 3.

Constituições perpetradas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. Este *amparo*, buscado junto à *Corte Suprema*, protegia as garantias individuais dos cidadãos *yucatecos*. As ideias de *Rejón*, para proteger as garantias individuais, foram plasmadas, em 1847, no artigo 25 do *ato de Reforma* da Constituição mexicana de 1846. Após 1847, qualquer cidadão da República poderia ser amparado pelos *Tribunais da Federação*⁴³⁰.

O *juízo de amparo* foi um importante mecanismo para o controle da violação das *garantias individuais*. A história constitucional mexicana apresenta desde a declaração de independência, outros mecanismos de proteção à violação dos direitos. Um deles é o *controle de constitucionalidade* das leis pelo Poder Judiciário, ou seja, a proteção do *juízo de amparo* não foi suficiente para proteger as liberdades fundamentais dos cidadãos. As técnicas do controle de constitucionalidade, atuando paralelamente ao amparo, auxiliaram na proteção dos valores fundamentais expressados nas constituições. Vejamos, portanto, a evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições mexicanas, bem como o caminho percorrido pelo juízo de amparo mexicano.

52. Da Constituição de Cádiz às Bases constitucionais de fevereiro de 1822

Fruto da expansão hispânica em América, a Constituição de *Cádiz*⁴³¹ foi a primeira carta a vigor oficialmente no País. Promulgada em 1812, teve duração efêmera, sendo substituída, prontamente, pela Constituição de *Apatzingán*, promulgada em 22 de outubro de 1814, cujo nome oficial era *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*⁴³². *Ignacio López Rayón*, sucessor de *Hidalgo*, foi um dos redatores

⁴³⁰ BAKER. 1971, pp. 3-4.

⁴³¹ Sobre a expansão da Constituição de Cádiz nas Américas ver: FERRER MUÑOZ, Manuel. **La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España**. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1993, *passim*.

⁴³² Ver texto integral em: <http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acesso em 12 mar. 2010. No preâmbulo transparece este ideal de liberdade: “*El Supremo Congreso Mexicano deseoso de llenar las heroicas miras de la Nación, elevadas nada menos que al sublime objeto de **sustraerse para siempre de la dominación extranjera**, y substituir al despotismo de la monarquía de España un sistema de administración que reintegrando a la Nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos*”. [negritamos]

do projeto⁴³³. Tal carta apresentava, em linhas gerais, os mesmos princípios da *Constituição de Cádiz*⁴³⁴. Não possuía dispositivos para a defesa constitucional dos direitos, embora reconhecesse, no Capítulo XXI, artigo 237⁴³⁵, a possibilidade de qualquer cidadão protestar contra qualquer violação constitucional que observasse.

Em verdade, o artigo 237 da Constituição de *Apatzingán* inspirava-se no artigo 373 da Constituição gaditana: “Todo español tiene derecho de representar á las Córtes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitucion⁴³⁶”. Ambos os dispositivos, de forma mais ou menos semelhante, foram aplicados na prática constitucional e colocaram em relevo a necessidade de salvaguarda da Constituição. Sendo que as inúmeras reclamações acerca das violações da *Carta gaditana* chegou a gerar um Projeto de lei para responsabilizar os violadores da Constituição⁴³⁷.

A Constituição de *Apatzingán* se inspirava mais no modelo *liberal-democrático*⁴³⁸ das constituições *francesa* e *espanhola*, do que nas ideias sociais e políticas de *José Maria Morelos*⁴³⁹. Era composta por 242 artigos, XXII capítulos. Defendia, entre outros direitos, a instauração da *forma republicana de governo* (art. 42 e ss.), a *soberania popular* (art. 2º e ss.), proclamava a *separação de poderes* entre o

⁴³³ BAKER, 1971, pp. 4-5.

⁴³⁴ A Constituição de Cádiz já apresentava um controle político de constitucionalidade das leis, na mesma linha do *Senat Conservateur* da Carta francesa de 1799, pois atribuía “a la Diputación Permanente de Cortes, órgano de extracción parlamentaria, la función de ‘velar sobre la observancia de la Constitución’ (art. 160. 1ª)”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX**. El impacto del voto particular de don Mariano Otero. s.l., s.d., p. 68. Disponível em <http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/81_122.pdf>. Acesso em 28 dez. 2011.

⁴³⁵ **Artículo 237.** - Entretanto que la representación nacional de que trata el capítulo antecedente no fuere convocada, y siéndolo, no dictare y sancionare la constitución permanente de la nación, se observará inviolablemente el tenor de este decreto, y no podrá proponerse alteración, adición, ni supresión de ninguno de los artículos, en que consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe. **Cualquiera ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare.** [negritamos] Disponível em: <http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 12 de março de 2010.

⁴³⁶ O texto integral, escaneado do original, da Constituição gaditana está disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/12260843118006070754624/ima0240.htm>>. Acesso em 28 de dez. 2011. Ver ainda, sobre esta Constituição, QUIJADA, Mónica. Una Constitución singular. La Carta Gaditana en perspectiva comparada. *Revista de Indias*, 2008, vol. LXVIII, núm. 242, p. 15-38.

⁴³⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Ensayos sobre el Derecho de amparo**. México. Universidade Nacional Autónoma do México: Editorial Porrúa, 2003, p. 471.

⁴³⁸ REYES HEROLES considera a Constituição de *Apatzingán* com a primeira expressão liberal radical dos problemas mexicanos. REYES HEROLES, Jesús. **El liberalismo mexicano**. 2ª reimpressão da 3ª ed. México: Fundo de Cultura Econômica, 1994, Vol. I, p. XII.

⁴³⁹ Morelos, juntamente com Hidalgo, foi um dos responsáveis pelo movimento de independência do México.

legislativo, o executivo e o judiciário (art. 12⁴⁴⁰), decretava a *religião católica apostólica romana* como a única que devia ser professada no Estado (art. 1º)⁴⁴¹.

A parte mais importante, entretanto, aparece na *constitucionalidade da legislação*, que presumivelmente era entregue a um controle *mais político* do que *jurisdicional*, pois o projeto de lei seria submetido ao *Supremo Governo* e ao *Supremo Tribunal de Justiça*, e qualquer das corporações citadas poderia representar contra a lei, respeitando o prazo peremptório de vinte dias (arts. 127 e 128)⁴⁴². Este procedimento, por mais que não diga expressamente, assemelhava-se muito – nas palavras de BAKER – ao poder de veto⁴⁴³.

A *Constituição de Apatzingán* fez um esforço tremendo para institucionalizar a independência mexicana; para reconhecer a Supremacia da Lei Constitucional. O lamentável é que, de fato, não chegou a viger um dia, sequer⁴⁴⁴. A Constituição de Cádiz retorna a viger, em março de 1820. Contudo, a realidade econômica, política e social demonstram a irreversibilidade do processo de independização do México. No dia 28 de setembro de 1821, os mexicanos recebem “*la firma del Acta de la Independencia Mexicana (...) en la entonces capital del Imperio de Iturbide*”⁴⁴⁵.

Logo após a independência o México foi organizado politicamente sob as *Bases Constitucionais de 24 de fevereiro de 1822*. Este documento não foi propriamente uma constituição, mas sim uma *declaração de intenções*, de se fazer uma constituição, ao México recém independizado⁴⁴⁶. Em 28 de maio de 1823 apresentava-se o chamado “*Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana*”, preparado em poucos dias, com a participação ativa do Deputado eleito por Guatemala D. José Del Valle. Foi ele, inclusive, o primeiro a assinar o Projeto⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ **Artículo 12.-** Estos tres poderes Legislativo, Ejecutivo, y Judicial no deben ejercerse, ni por una sola persona, ni por una sola corporación. Disponível em:

<http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 12 de março de 2010.

⁴⁴¹ BAKER, 1971, pp. 4-5.

⁴⁴² Ver texto integral em <http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 13 de março de 2010.

⁴⁴³ BAKER, 1971, p. 5.

⁴⁴⁴ RABASA, Emilio O. **Historia de las Constituciones Mexicanas**. México: Universidade Autônoma do México, 1997, p. 13. Ver ainda: FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 71.

⁴⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 711

⁴⁴⁶ BAKER. 1971, pp. 5-6.

⁴⁴⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., pp. 71-2.

Entretanto, assuntos importantes foram excluídos do Projeto, tais como, o *direito de defesa*; os poderes das *Cortes* interpretarem as *leis ordinárias*, sendo que, nos termos da *Seção VIII*, do *artigo 79*, qualquer questão sobre a *interpretação do direito* que surgisse nas *Cortes inferiores* deveria, obrigatoriamente, ser transmitido à *Corte Suprema* e, por fim, ao *Imperador*, o qual poderia consultar o *Poder Legislativo* sobre suas reais intenções⁴⁴⁸. Reconheceu-se no texto do Projeto que o Senado deveria “*celar por la conservación del sistema constitucional*” e “*reclamar (al Cuerpo Legislativo o Congreso Nacional), las leyes que sean contrarias a la Constitución o no fuesen discutidas o acordadas en la forma que prescriba ella misma*”⁴⁴⁹. O documento apresentado foi um aporte prévio à discussão do Projeto de Constituição Federal de 1824⁴⁵⁰.

53. A Constituição federal mexicana de 1824

Após a queda do *Império Iturbide*, em 1823, o México novamente apresenta problemas *políticos organizacionais*. O *partido monárquico* vem perdendo força e a opinião política está dividida entre os *conservadores* adeptos do *centralismo*, e os *liberais* adeptos do *federalismo*. Com a vitória dos *federalistas*, a nova *Assembleia Constituinte*, reunida em 5 de novembro de 1823, sentiu que a unidade nacional estava abalada, requerendo, com urgência um texto fundamental. Foi assim que expediram a “*Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*”⁴⁵¹; e, em 1824, a “*Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*”⁴⁵². Esta constituição foi descrita como “*a pale copy of the Constitution of the United States*”. O documento final era muito parecido ao

⁴⁴⁸ BAKER, 1971, pp. 5-6.

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., pp. 71-2.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, pp. 71-2.

⁴⁵¹ “*Con ella, en 36 artículos, se precisaban los principios políticos básicos sobre los que se había de constituir la Nación. Suscrita el 31 de enero de 1824, el 10 de abril se iniciaba la discusión por el propio Congreso Constituyente de la que habría de ser la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada el 3 de octubre de 1824 y promulgada el día siguiente*”. FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 72.

⁴⁵² BAKER, 1971, p. 6.

norte-americano⁴⁵³, porém: “it showed the influence of the liberal Spanish Constitution of 1812 and of the French intellectuals”⁴⁵⁴.

Esta nova constituição estabeleceu para os Estados o dever de observarem e aplicarem em seus territórios as determinações da constituição⁴⁵⁵, bem como o poder do Congresso em fazer cumprir o que a legislação requeria. Outra atribuição recebida pelo Congresso foi o poder para resolver questões que envolvessem o significado do texto constitucional. Este permissivo constava no título VII, seção única intitulada: “*De la observancia, interpretación y Reforma de la Constitución y Acta constitutiva*”, onde expressamente referia o artigo 165: “*Sólo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los Artículos de esta constitución y de la acta constitutiva*”^{456 457}.

De outro lado, e aparentemente contraditório, o *artigo 137, seção V, sub-seção 6*⁴⁵⁸, da mesma constituição, tratando as atribuições da *Suprema Corte de Justicia* reconhecia à *Corte* o poder de conhecer “*de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley*”⁴⁵⁹. Esta “previsão legal” não é necessariamente incompatível em teoria, mas é surpreendente encontrá-la no mesmo texto, em seções diferentes. O fato é explicado por BACKER: “*The fact that the delegates to the constituent convention employed a translation of the United States Constitution as a guide in drafting their own might permit the inference that the*

⁴⁵³ A influência norte-americana é visível nos textos Mexicanos. O Art. 18 da *Acta Constitutiva* e o artigo 123 da Constituição foram inspirados diretamente na Constituição dos Estados Unidos da América. FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 73.

⁴⁵⁴ HERRING, Hubert. *A History of Latin America*. 3a ed. New York, 1968, *apud*: KNOWLTON, s.d.

⁴⁵⁵ Tena Ramirez menciona que tal Constituição foi a primeira a estabelecer “*la primacía del pacto federal sobre las Constituciones de los Estados*”. TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Mexico: Editorial Porrúa, 1955, p. 493.

⁴⁵⁶ Disponível em:

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79117288329793495200080/p0000001.htm>>.

Acesso em 24 out. 2010.

⁴⁵⁷ BAKER, 1971, p. 6.

⁴⁵⁸ **Artículo 137.-** Las atribuciones de la corte suprema de justicia son las siguientes:

(...) 1.

5. Conocer:

(...) 1.

6. De las causas de almirantazgo, presas de mar y tierra, y contrabandos, de los crímenes cometidos en alta mar, de las ofensas contra la nación de los Estados Unidos mexicanos, de los empleados de hacienda y justicia de la federación y de las **infracciones de la constitución** y leyes generales, según se prevenga por ley. (negritamos). Disponível em:

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79117288329793495200080/p0000001.htm>>.

Acesso em 25 out. 2010.

⁴⁵⁹ GUDIÑO PELAYO, s.d.a. Ver ainda FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 73.

*inclusion of constitutional cases within the jurisdiction of the Supreme Court resulted from careless copying*⁴⁶⁰”.

A expressão “*infracciones de la constitución*” se tomada isoladamente não pode ter outra interpretação senão o prelúdio do *controle de constitucionalidade jurisdiccional* em território mexicano. Contudo, interpretando a expressão, de acordo com o que acontecia na prática, a conclusão é que a técnica do *controle de constitucionalidade* proveniente das “*infrações à Constituição*” não foi colocada em prática. Esta intenção legislativa ficou no plano das ideias, pois a realidade prática da vida mexicana apartava-se do texto legal. Tanto é que a confluência dos modelos (franceses, norte-americano e gaditano) conduziram os mexicanos à adoção do *modelo político* de controle de constitucionalidade. Entre 1827 e 1829, várias leis expedidas pelos órgãos legislativos das entidades federadas foram consideradas contrárias à Constituição, e o fundamento legal para tanto era o citado artigo 165⁴⁶¹.

Mesmo que a Constituição de 1824 tenha seguido o *controle político* de constitucionalidade das leis, apartando-se, portanto, do *controle jurisdiccional*, pode-se dizer que ela remanesce, na história *mexicana*, como a mais influente das primeiras constituições, servindo de apoio tanto aos moderados, quanto aos liberais radicais. Esta Carta constitucional foi tão expressiva, que sua ascendência direta, no constitucionalismo mexicano, só perderia força, com a promulgação da Constituição de 1857⁴⁶².

54. As Sete Leis de 1836: a criação do *Supremo Poder Conservador*

Os mexicanos manifestavam-se publicamente no sentido da alteração da forma federativa de Estado. O fracasso do *sistema federal* abria espaço a um novo período de *centralismo*. Em 1835-1836, o congresso Constituinte reúne-se, objetivando resolver as manifestações públicas e formaliza, por primeiro as Bases Constitucionais expedidas

⁴⁶⁰ BAKER, 1971, p. 6.

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 75.

⁴⁶² BAKER, 1971, p. 7.

pelo Congresso Constituinte, em 15 de dezembro de 1835; por segundo, as Leis Constitucionais de 30 de dezembro de 1836. *Las Siete Leyes*, em verdade, intentavam consolidar, *de iure*, o poder das classes privilegiadas, o que foi feito, em grande medida, às custas do poder dos Estados⁴⁶³. Neste contexto, estritamente nesta matéria, o Direito Francês, mormente a Constituição de 1799, foi a grande inspiração dos Constituintes mexicanos.

A Constituição *centralista*⁴⁶⁴ de 1836 encarou o problema do *controle de constitucionalidade* e criou o chamado *Supremo Poder Conservador*⁴⁶⁵. Este órgão era composto por *cinco membros*. Para se chegar ao cargo deveriam ter desempenhado, previamente, alguma das funções elencadas: *presidente* ou *vice-presidente* da *República*, *senador*, *deputado*, *secretario del Despacho* ou *magistrados* da *Suprema Corte de Justicia*⁴⁶⁶. Eram eleitos mediante seleção realizada por *Juntas Departamentales*, pela *Câmara dos Deputados* e pelo *Senado*. Renovava-se um membro do *Supremo Poder Conservador* a cada dois anos, para haver maior mobilidade e alternância das ideias⁴⁶⁷.

Dentre outras atribuições, cabia ao *Supremo Poder Conservador*⁴⁶⁸, nos termos da *Parte 2ª, artigo 12, incisos I, II e III, das Leys Constitucionales de 1836: declarar* (1) a *nulidade* de uma *lei ou decreto* (no prazo de dois meses contados da sua sanção), quando contrariarem artigo expresso da Constituição; (2) *declarar* – provocado pelo *Poder Legislativo* ou pela *Suprema Corte de Justicia* – a *nulidade* dos atos do *Poder Executivo*, quando forem contrários à Constituição ou às leis, fazendo esta declaração dentro de *quatro meses* contados da data da comunicação destes atos às autoridades respectivas; e (3) *declarar a nulidade* dos atos da *Suprema Corte de Justicia*, provocado

⁴⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 76.

⁴⁶⁴ Contrariando os caminhos abertos pela Constituição de 1824, que estabeleceu a descentralização e por consequência o federalismo, *Las Siete Leyes de 1836* reverteram tal processo, retornando à centralização, voltando claramente aos ideais centralistas que caracterizaram a existência do período colonial Mexicano. BAKER, 1971, p.8.

⁴⁶⁵ “*En la segunda de esas Leyes, dedicada a la organización de un ‘Supremo Poder Conservador’, que hasta en su denominación nos recuerda el ‘Sénat Conservateur’*”. FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 76.

⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 76.

⁴⁶⁷ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 493.

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ SEGADO afirmava que “*Este Supremo poder no era responsable más que ante Dios y ante la opinión pública, no pudiendo sus miembros, en ningún caso, ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones*” FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 76.

por algum dos outros poderes, somente no caso de usurpação de competências⁴⁶⁹. Todas estas declarações de nulidade, a teor do artigo 13, da segunda *Ley Constitucional*, necessitavam a conformidade de pelo menos três dos cinco membros, bem como tais resoluções possuíam validade *erga omnes*⁴⁷⁰.

As *Sete Leis Constitucionais de 1836* concederam ao *Supremo Poder Conservador* o poder de declarar a *nulidade* dos atos contrários à Constituição de qualquer um dos três poderes, por solicitação de qualquer um dos outros dois. Tal poder, factível nas intenções, mostrou-se ineficiente na prática⁴⁷¹. O *Supremo Poder Conservador*, durante seus cinco anos de existência, interveio apenas em quatro casos, sendo que em nenhum deles tratava-se de defesa da Constituição⁴⁷². Não obstante o ditame legal (art. 15 da segunda *Ley Constitucional*) que considerava *crime de alta traição* a desobediência às *resoluções* do *Supremo Poder Conservador*; àquelas resoluções foram ignoradas, e sequer acatadas pelos órgãos do *Poder Legislativo e Executivo*⁴⁷³.

De um lado, a ineficiência do *controle político* exercido pela constituição de 1824. De outro lado, a ineficiência da prevalência do modelo francês (*controle político*) de salvaguarda da Constituição, uma vez que o Supremo Poder Conservador mostrava-se uma instituição inoperante no sistema jurídico mexicano. Resta saber se existia algum mecanismo jurisdicional de proteção da Constituição? A resposta aparece na primeira *Ley Constitucional* (art. 2º, III), pois o direito de propriedade e de não ser privado dela, o livre uso e aproveitamento da terra só poderia ser restringido por razões de utilidade pública. Mesmo nesse caso caberia reclamação à *Suprema Corte de Justicia*,

⁴⁶⁹ **Artículo 12.-** Las atribuciones de este Supremo Poder son las siguientes:

I. Declarar la nulidad de una ley o decreto dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarias a Artículo expreso de la Constitución y le exijan dicha declaración o el Supremo Poder Ejecutivo o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo en representación que firmen dieciocho por lo menos;

II. Declarar, excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas;

III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades. Disponible em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361697524573725088802/p0000001.htm>>.

Acesso em 30 out. 2010.

⁴⁷⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 77.

⁴⁷¹ TENA RAMIREZ, 1955, p. 494.

⁴⁷² Ibidem, p. 494. Ver ainda: BAKER, 1971, p. 9.

⁴⁷³ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 77.

na capital; e ao Superior Tribunal, no respectivo Departamento. O “*reclamo*” objetivava a suspensão da execução (chamaríamos nós de desapropriação) da propriedade até sentença judicial definitiva. Este instituto processual do “*reclamo*” subsistiu no México até ser substituído pelo *recurso de amparo*⁴⁷⁴.

A partir deste momento, verificou-se uma clara tendência ao *sistema jurisdiccional* de controle de constitucionalidade das leis. Tanto é que os Tribunais Federais e, em especial, a *Suprema Corte de Justicia* passaram a conhecer e decidir conflitos constitucionais. Qualquer violação à Constituição é submetida aos órgãos jurisdicionais, verdadeiros intérpretes e defensores dos valores fundamentais do Estado mexicano⁴⁷⁵. Este controle estava prestes a se perfectibilizar, sem contar que a *Constituição de 1836* angariava hostilidades tanto da *imprensa liberal*⁴⁷⁶, quanto dos *federalistas*, que inclusive objetivavam mudar o *sistema centralista*. Em 15 de julho de 1840 o movimento federalista teve que ser sufocado, mas já não era mais possível manter a Constituição⁴⁷⁷, momento em que se apresenta um Projeto de Reforma às *Siete Leyes*.

55. O Projeto de Reforma de 1840

Como vimos, pela metade dos anos 1840, pressões por reformas, originadas principalmente entre os adeptos do *federalismo*, resultaram no apontamento de um *comité especial* para estudar e recomendar emendas às *Siete Leyes*. Por mais que houvesse previsão expressa da Constituição contra sua reforma até o ano de 1842, tal vontade foi descumprida diante das pressões da opinião pública. O próprio *Supremo Poder Conservador* ignorou a vedação expressa na constituição, e determinou a

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 77.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁷⁶ No jornal “El Cosmopolita”, edição de 31 de janeiro de 1838, falava-se mal do Supremo Poder Conservador: “Al primer jefe de la República se le ha establecido un padastro, en ese poder absoluto que se llama **conservador**” Extraído de REYES HEROLES, 1994, p. 229.

⁴⁷⁷ “el próprio Supremo Poder Conservador, el 9 de noviembre de 1839, había declarado que la voluntad de la nación estaba por la reforma de las siete Leyes Fundamentales”. FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 78.

instauração do referido *comité especial*. Dentre seus estudiosos encontrava-se D. *José Fernando Ramírez* e D. *Manuel Crescencio Rejón*⁴⁷⁸.

O *comité especial*, não podemos negar, inspirava-se em TOCQUEVILLE, pois a *Democracia na América* era categórica em afirmar que a paz e a tranquilidade da República do Norte dava-se, em grande parte, pela influência que exercia nela sua Corte de Justiça⁴⁷⁹. O deputado *José F. Ramírez* sustentava a criação de uma *Corte Suprema*, a única capaz de distanciar-se imparcialmente dos negócios públicos e solucionar as contendas com a maior imparcialidade possível. A inconstitucionalidade da lei, afirmava, deve ser entregue ao *Poder Judiciário*; mas à cúpula desse poder, sendo o único órgão capaz de julgar livre de paixões, desejos e interesses⁴⁸⁰. Todos estes atributos faltariam aos membros do Congresso, aos Ministros de Estado e ao próprio Presidente, os quais, sem sombra de dúvidas, seriam influenciados por suas relações particulares, pelos seus parentescos, pelas suas paixões e caprichos para com a política⁴⁸¹.

Alguns deputados do *comité especial* de reforma levavam adiante o projeto de extinguir o *Supremo Poder Conservador*, sem substituí-lo por outro órgão de função idêntica. A função de dirimir dúvidas, das cortes inferiores, acerca das leis, ficaria a cargo da *Suprema Corte de Justiça*⁴⁸². *José F. Ramírez* não era totalmente contrário à manutenção do *Supremo Poder Conservador*, mas sim à extensão dos poderes que a ele eram conferidos, bem como a falta de mecanismos de responsabilização de seus membros por eventuais erros cometidos⁴⁸³. Como afirmava FERNANDÉZ SEGADO este poder Supremo “no era responsable más que ante Dios y ante la opinión pública, no pudiendo sus miembros, en ningún caso, ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones⁴⁸⁴”.

O *Projeto de Reforma das Siete Leyes Constitucionais de 1836*, entretanto, não solucionou a questão do *controle de constitucionalidade*. Podemos dizer, porém, que as

⁴⁷⁸ BAKER, 1971, p. 10.

⁴⁷⁹ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 493-4; Ver ainda: BAKER. 1971, p. 8.

⁴⁸⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 79.

⁴⁸¹ BAKER, 1971, pp. 10-11.

⁴⁸² Ibidem, p. 10.

⁴⁸³ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 79.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 76.

ideias lá expressas acerca do *controlé jurisdiccional* da constitucionalidade das leis foram seguidas pelos constituintes posteriores. A exposição de motivos do *Projeto de Reforma* foi o pano de fundo das Constituições mexicanas de 1842, 1864, 1857 e, inclusive, da vigente Constituição de 1917⁴⁸⁵. Os artigos das Constituições posteriores adaptaram-se, é claro, à realidade da época, mas a essência era a mesma da sustentada pelo *Projeto de Reforma*, qual seja: entregar o *controlé de constitucionalidade* à Corte Suprema de Justiça.

TENA RAMIREZ coloca com muita precisão o que remanesce do *Projeto de Reforma* às gerações futuras, qual seja, a *técnica jurisdiccional* do *controlé de constitucionalidade das leis* atribuída à *Corte Suprema de Justiça*: “*para oponerse a las providencias anticonstitucionales del Congreso y a las ilegales del Poder Ejecutivo, en las ofensas que se hagan a los derechos políticos y civiles de los habitantes del Estado*”⁴⁸⁶. O *Projeto de Reforma* demonstrava, portanto, a tendência, cada vez mais marcante, de se instaurar um mecanismo *jurisdiccional* de *controlé de constitucionalidade*. A Constituição do Estado de *Yucatán*, que analisaremos em breve, avançaria neste processo. Antes de aprofundarmos o *juízo de amparo* na da Constituição Estadual, vejamos as peculiaridades do Projeto de Constituição de 1842, no plano federal.

56. Os Projetos de Constituição de 1842

Fracassado o intento de *reforma Constitucional* de 1840 a situação tornava-se insustentável. Em 1º de julho o Presidente recomendava ao Congresso providências em torno da reforma Constitucional. Em 28 de setembro de 1841 as “*Bases de Tacubaya*” estabelecia que, a partir daquele momento, *Las Leyes Constitucionais de 1836* ficariam sem efeito (com a exceção do Poder Judiciário). O *Presidente Bustamante* deixa o território nacional, tendo em vista as pressões sofridas por três destacados generais, dos

⁴⁸⁵ TENA RAMIREZ, 1955, p. 495; confirma a importância do projeto de reforma às constituições posteriores, o artigo de CAPETILLO TREJO, José Enrique. **La Constitución Yucateca de 1841 y la reforma constitucional en las entidades federativas**. s.l., s.d., pp. 474 e ss. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/8/35.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2010.

⁴⁸⁶ TENA RAMIREZ, 1955, p. 496.

quais sobressai a figura de *Antonio López de Santa Anna*⁴⁸⁷. A expulsão do Presidente corroborava, inclusive, o fim da *Constituição centralista de 1836* e o início de uma nova etapa constituinte⁴⁸⁸.

As “*Bases de Tacubaya*” não deixavam claro o exato momento em que o Congresso Constituinte deveria se reunir para reformar a Constituição. A quarta base delimitava o prazo de dois meses, enquanto que a *quinta* base que o Congresso deveria reunir-se seis meses depois da Convocação. Fato foi que em 10 de dezembro de 1841 a Lei foi expedida. O Projeto de Constituição não encontrava consenso, mesmo entre os liberais. Mariano Otero, liberal moderado era adepto da federação; José Fernando Ramírez, liberal moderado, mais próximo da linha conservadora, advogava pela aprovação do Projeto de Constituição da maioria, que não contemplava a federação⁴⁸⁹.

Em 10 de junho de 1842 iniciam-se as sessões do Congresso Geral Constituinte. Em 19 de dezembro de 1842, tal Congresso vem a ser dissolvido pelo sucessor do general Santa Anna, o então Presidente Nicolás Bravo. *Os projetos de Constitución de 1842* fracassaram, porém remanesceram das entrelinhas de seus textos, algumas ideias que anteciparam o nascimento do *juicio de amparo* no nível federal, pois no âmbito estadual já era realidade desde a Constituição Yucateca de 16 de maio de 1841⁴⁹⁰. Assim, nos parágrafos subsequentes detalharemos os documentos apresentados neste Congresso.

Cada um dos três textos dos *Projetos de Constitución* apresentava as suas peculiaridades. Trataremos de cada um deles focados no tema que nos interessa. O *Primeiro Projeto* entregava aos *órgãos políticos* a conservação da constituição (arts. 169 e seguintes do Projeto). Cabendo à *Câmara dos Deputados* declarar a *nulidade* dos atos da *Suprema Corte de Justiça*; ao *Senado* declarar a *nulidade* dos atos do *Poder Executivo* contrários à Constituição. O artigo 112. V permitia à Corte Suprema de Justiça conhecer das infrações à Constituição e às Leis, “según se prevenga por Ley”. Este dispositivo remonta ao artigo 137. V da Constituição de 1824.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 80.

⁴⁸⁸ REYES HEROLES acrescentava que essa *nova etapa*, um pouco liberal, não era totalmente sólida, visto que *Santa Anna*, como Chefe do Executivo, organizava todos os ramos da administração pública, sendo difícil sustentar plenamente a segurança jurídica. REYES HEROLES, 1994, Vol. II, p. 291.

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 80.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, pp. 80-81.

O *Segundo Projeto*, subscrito pela minoria da Comissão, aproxima-se muito do instituto processual do *juicio de amparo*. Tais ideias vinham de D. Mariano Otero, mormente de seu conhecido “*Ensayo*”⁴⁹¹ que analisa a sociedade mexicana de seu tempo⁴⁹². O Projeto de Otero, mesmo sendo minoritário, outorgava um extenso rol de direitos individuais (arts. 4º, 5º e 6º) a serem protegidos pela Suprema Corte de Justiça. O artigo 81.I era categórico em afirmar que qualquer ato do Legislativo ou do Executivo dos Estados que privassem a liberdade das pessoas podia ser “*reclamado*” perante a *Suprema Corte de Justicia*. A decisão do *Tribunal Superior* suspendia a execução do ato reclamado. O artigo 81.II, por sua vez, idealizava um controle político, pois o Presidente poderia fazer um “*reclamo*” das leis federais ou estaduais, no prazo de um mês a contar da data de publicação da lei. O “*reclamo*”, encaminhado à Suprema Corte era enviado, posteriormente, à legislatura respectiva para que, no prazo de três meses, decidisse pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei atacada⁴⁹³.

O *Terceiro Projeto* de Constituição, elaborado transitoriamente por todos os membros da Comissão de Constituição contempla uma mistura dos dois primeiros projetos, o que deu a matéria uma enorme complexidade, como também um tratamento híbrido e contraditório. Suscintamente podemos dizer que manteve a atribuição de Corte Suprema de Justiça (art. 94.V) para conhecer das infrações à Constituição e às Leis. Contemplou também o instituto processual do “*reclamo*”, pois reproduziu no art. 150, o art. 81.I do *Segundo Projeto*. Em resumo, verificavam-se no nível federal os antecedentes imediatos do *juicio de amparo*, que somente em 1847 seriam verdadeiramente constitucionalizados⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ OTERO, Mariano. **Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República mexicana**. México: impresso por Ignacio Cumplido, 1842, 136 pp, *apud* FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 82. Ver ainda, FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. **El pensamiento político de Mariano Otero**. Disponível em <<http://biblioteca.itam.mx/estudios/47-59/50-51/JoseFernandezSantillanElpensamiento.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2011.

⁴⁹² A unidade nacional e o consenso político dificilmente seriam atingidos naquele tempo. FERNÁNDEZ SANTILLÁN destaca parte do texto de OTERO que representa claramente este sentimento de discórdia, que colacionamos aqui: “*Divididas las clases en bandos con tales o cuales principios políticos, cada uno de esos partidos cree o pretende que sus contrarios son la única causa de las desgracias de la nación; y es tal y tan ciego el frenesí con que sostienen sus diversas opiniones, que verían sin duda con menos sentimiento la pérdida total del país, que el triunfo de cualquier partido que no fuese el suyo*”. p. 14. Disponível em <<http://biblioteca.itam.mx/estudios/47-59/50-51/JoseFernandezSantillanElpensamiento.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2011.

⁴⁹³ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., pp. 83-84.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 85.

57. Manuel Crescencio Rejón e a Constituição Yucateca de 1841

A paternidade do *amparo mexicano* deve-se a Rejón, mecanismo coroado pelos artigos 53, 63 e 64 do Projeto de Constituição, que em sua incorporação definitiva à Carta Yucateca sofre uma pequena modificação, alterando-se, por exemplo, a numeração dos artigos, que passaria a ser artigos 62, 8 e 9, respectivamente⁴⁹⁵. Da leitura de tais artigos e da pesquisa desenvolvida até aqui fica claro que a questão do *controle de constitucionalidade* foi aprimorada no texto constitucional estadual e posteriormente ingressou no plano nacional. O destaque de Rejón dar-se-ia, entretanto, no quartel de século posterior, creditando-se em seu nome, o pioneirismo do *amparo mexicano*. À época, entretanto, tanto na *exposição de motivos* da constituição, quanto na *leitura dos artigos*; a questão não estava totalmente clarificada, mas já dava seus primeiros passos⁴⁹⁶.

O artigo 53 do Projeto de Constituição outorgava à *Suprema Corte de Justicia do Estado* “*amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios a la Constitución, o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas*”. O artigo 63 do Projeto, por sua vez, outorgava aos *juízes de Primeira Instância* competência, mais restrita, é claro, em matéria de controle de constitucionalidade, pois determinava que “*Los Jueces de Primera Instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados*”⁴⁹⁷. O projeto de Rejón apresentava certas falhas, pois deixava transparecer uma certa indecisão acerca da extensão dos poderes que desejava entregar à Suprema Corte⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 90.

⁴⁹⁶ TENA RAMIREZ, 1955, p. 496.

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 91.

⁴⁹⁸ BAKER menciona também a nebulosidade do pensamento de Rejón expresso no Projeto de constitucional Yucateco: “*the intended operation is confused by a conflict of jurisdictions implied in*

Quanto aos atos inconstitucionais cometidos pelos próprios *juízes*, a *Constituição Yucateca* também idealizava um mecanismo de controle, e este era entregue aos *juízes superiores*, que poderiam amparar a violação dos direitos violados, nos termos do *art. 64 do Projeto*, convertido, posteriormente, no art. 8º da Constituição. Em todos os casos caberia à autoridade judicial “*amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección... limitándose... a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada*”⁴⁹⁹.

O amparo vigorou mais de 70 anos no plano local e entregou, definitivamente, a defesa da Constituição ao *Poder Judiciário* sempre por petição da parte que sofreu dano, substituindo, de vez, o arcaico *control político* de constitucionalidade das leis. Por fim, a última contribuição de Rejón foi reconhecer que a inconstitucionalidade só tem efeitos no caso concreto que motivou a reclamação, evitando-se a revogação da lei tachada de inconstitucional⁵⁰⁰. E aqui o amparo adequasse, sem sombra de dúvidas, ao modelo norte-americano⁵⁰¹. Os efeitos são *inter partes*, e dependem de provocação, na mesma linha dos Norte-Americanos. Entretanto, a diferença central entre o *judicial Review* e o *amparo* é que o primeiro não possui um sistema especial para questões constitucionais. Seguindo BURGOA, enquanto nos Estados Unidos o controle se verifica pela *via de exceção*, no *amparo mexicano* opta-se pela *via de ação*⁵⁰².

Como vimos, no ano seguinte ao projeto *Yucateco* o Congresso Constituinte propôs um *sistema misto* de defesa da Constituição, o qual de um lado estabelecia que o *control judicial* confiado à *Suprema Corte* protegeria as garantias individuais frente

articles 53 and 63. In the first of these, the Supreme Court was granted jurisdiction over constitutional and legal infractions committed by the legislature or the executive; in the second, the courts of first instance were to protect individuals in the enjoyment of their constitutional rights, but only the rights guaranteed in article 62. Is it assumed then that the Supreme Court was intended to take jurisdiction only in case of constitutional violation outside of the area covered by article 62; or were the Supreme Court and the courts of first instance intended to have concurrent jurisdiction over violations of the bill of individual guarantees?” BAKER, 1971, p. 15.

⁴⁹⁹ TENA RAMIREZ, 1955, p. 496.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 497.

⁵⁰¹ A influência do *judicial Review* norte-americano no *amparo mexicano* é apontada, não somente pela doutrina mexicana, como também pelos anglo-saxões. EDER, por exemplo, refere que o primeiro documento constitucional que estabeleceu a técnica do *judicial Review* no México foi a Carta do Estado de Yucatán, de 16 de mayo de 1841. EDER, Phanor James. *Judicial Review in Latin America*. **Ohio Law Review**, 1960, pp. 572-573. Entre os mexicanos, por todos ver: FIX-ZAMUDIO, 2003, p. 482.

⁵⁰² BURGOA, Ignacio. **El juicio de amparo**. 20ª ed. México: Editorial Porrúa, 1983, p. 111, *apud* FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 90.

aos abusos dos *Poderes Legislativo e Executivo dos Estados*; de outro lado instituía um *controle político*, autorizando que uma *lei do congresso* fosse reclamada como contrária à Constituição pelo *Presidente da República*, de acordo com um Conselho, composto de 18 Deputados ou 6 Senadores, ou por três legislaturas; a questão de inconstitucionalidade, submeter-se-ia, neste caso, à decisão das legislaturas e o resultado de votação dar-se-ia conhecimento pela Suprema Corte⁵⁰³. Este sistema de 1842 era reconhecidamente inferior ao de Rejón, pois consagrava de forma limitada o *controle judicial*, não protegendo os cidadãos contra as violações cometidas pelas *autoridades judiciais e autoridades federais*.

Se a Rejón não pode ser creditado o estabelecimento federal do amparo, não há dúvidas que foi ele que introduziu a ideia no pensamento político Mexicano, de forma *prática e teórica*. Mas para a realidade mexicana de hoje – para encerrarmos este tópico – importa sumarizar o que de tal modelo remanesce ao atual sistema, o que por precisão e clareza deixamos ao próprio BAKER falar:

(1) the selection of the judiciary as the agent of constitutional control; (2) the selection of a separate form of action, an independent suit, for the purpose of constitutional control; (3) the initiation of the action by the individual injured by an unconstitutional law or action; (4) the limitation of the suit to violations committed by public authorities; and (5) the limitation of the effect of the judgment to repairing the damage inflicted upon the injured party⁵⁰⁴.

58. O Ato de Reforma de 1847: Rejón, o inventor e Otero, o idealizador

Em 1847 as ideias de *Rejón*, expostas em folhetos publicados no *México* e em *Mérida* e sustentadas na tribuna do *Congresso Geral*, seduziram *Otero*, quem,

⁵⁰³ TENA RAMIREZ, 1955, p. 498. Ver ainda, BAKER. 1971, p. 18.

⁵⁰⁴ BAKER, 1971, p. 17.

juntamente com o próprio *Rejón*, *Joaquín Cardoso* e *Pedro Zubieta*⁵⁰⁵ integraram a *Comissão de Constituição no Congresso Constituinte*, iniciando seus trabalhos em dezembro de 1846. Ocorrendo em tal período um dos fatos mais inusitados: o fervoroso defensor do amparo, Don Manuel Crescencio Rejón, não sustentou seu sistema no seio da *Comissão*, mas juntamente com *Zubieta* e *Cardoso* propôs a restauração da Constituição de 1824, tudo isso pelo temor de que a República ficasse sem uma lei suprema, enquanto empregava-se o tempo na discussão de reformas⁵⁰⁶.

Otero, completamente só, aproveitou como sendo seu o projeto de *Rejón*, formulou-o com algumas adaptações e ao fim e ao cabo o fez triunfar no seio da *Assembleia*, conseguindo a aprovação do *Ato de Reformas*, que teve como seu ponto maior consignar os direitos das pessoas e instituir o *amparo*. Podemos dizer que Rejón foi a cabeça pensante do projeto, enquanto que Otero foi o responsável pela aplicação prática do mesmo. Perfectibilizou-se aqui o que HAURIOU alertava, que o inventor, boa parte das vezes não é o idealizador⁵⁰⁷.

Há uma peculiaridade final que deve ser levantada. O *controle de constitucionalidade* sustentado por *Otero* entregava ao *Poder Judiciário* a proteção das garantias individuais, e não todo o corpo de normas da constituição. De fato, o *Ato de Reforma* organizou-se antes em *forma política*, do que em *forma jurídica*, pois – inspirada na Constituição de Cádiz⁵⁰⁸ – estabelecia no artigo 22 que as *leis inconstitucionais dos Estados* seriam declaradas nulas pelo Congresso. A intervenção do judiciário restringia-se, unicamente, na publicação do resultado, quando anulada a lei; não passando de uma função meramente de recebimento da reclamação de inconstitucionalidade, para em seguida transmitir tal reclame às legislaturas, recolher e computar os votos destas, e por fim, fazer publicar o resultado. Aqui estava a principal diferença do projeto de *Otero* e de *Rejón*, enquanto aquele idealizava um *sistema político*, o segundo queria confiar ao órgão judicial a defesa total da Constituição⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, s.d., p. 94

⁵⁰⁶ TENA RAMIREZ, 1955, p. 498-9; Ver ainda: BAKER, 1971, p. 23.

⁵⁰⁷ Una idea nueva penetra en las relaciones sociales a través de una conciencia subjetiva. Hay un vidente que la encuentra, o mejor, a quien se revela como una inspiración. Esto no quiere decir que el inventor de la idea la transforme él mismo en una obra social, constituyendo una organización de hecho que trascienda al público. El que trasfunde una idea en una obra social es un fundador, y éste puede no ser el inventor de la idea. A veces el mismo hombre es juntamente inventor y fundador, pero lo más frecuente es que los papeles no coincidan. HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Madrid, 1927, p. 84.

⁵⁰⁸ CARPIZO ET ALII, 1997. p. 753.

⁵⁰⁹ TENA RAMIREZ, 1955, p. 500.

59. A Constituição de 1857: la entronización definitiva del amparo

Um passo adiante ao *Ato de Reforma* foi dado pelos constituintes de 1857, uma vez que estenderam o *controle judiciário* idealizado para as garantias individuais, aos casos de invasão de jurisdição; desta forma desapareceu do direito constitucional mexicano o *controle político*, vigorando, por definitivo, o *controle jurídico*, que apreciava as questões de violações às garantias individuais, bem como as invasões da esfera federal na local, e vice-versa⁵¹⁰. O mais curioso de tudo isso, e cabe-nos apontar cientificamente, foi o debate travado na Constituinte de 1856-57 que poderia receber a seguinte nomenclatura: *quem deve ser o guardião da Constituição*⁵¹¹, qual órgão deve velar pela supremacia Constitucional. A tarefa foi entregue aos *Tribunais da Federação*, através do *recurso de amparo*⁵¹².

O problema estava em que a Constituição de 1857 conferia aos tribunais o conhecimento do amparo, mas conferia tanto à federação exclusivamente, quanto à federação juntamente com os Estados, segundo estabelecido por *lei orgânica*, o que desvirtuava a *natureza do amparo* como um *juízo especial*, pois os *tribunais federais* conheciam, em *sede de apelação*, das decisões proferidas pelos tribunais locais em matéria constitucional. A consequência é óbvia: ou bem a unidade se quebrantaria ao se distribuir o *controle de constitucionalidade* à justiça federal e à comum; ou não haveria razão de se diferenciar tais *jurisdições*, em grau recursal, se ambas – e cada uma – tivessem o poder de *controle de constitucionalidade*. Tal fato desapareceu do cenário jurídico mexicano com o Projeto apresentado por *Ocampo* no seio da *Assembleia*, ficando exclusivamente aos tribunais federais a custódia das garantias dos indivíduos, abrangendo os âmbitos federal e local⁵¹³.

⁵¹⁰ TENA RAMIREZ, 1955, p. 502; ver ainda: BAKER, 1971, p. 37.

⁵¹¹ A citação é proposital. O célebre debate travado entre SCHMITT e KELSEN nos dá a amplitude e a complexidade do tema: o Tribunal Constitucional ou o Chefe de Estado? Em outros termos: controle político ou controle jurídico? A doutrina de lá para cá evoluiu muito, mas a leitura destes clássicos é indispensável à compreensão do Controle e quem deve ser o defensor da Constituição. Ver KELSEN, 1995; SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1931, *passim*.

⁵¹² Ver o artigo de GUDIÑO PELAYO, s.d.a.

⁵¹³ TENA RAMIREZ, 1955, p. 502.

O artigo 102 do projeto, por sua vez, dispunha que em todos os casos de *amparo*, um júri composto pelo distrito vizinho qualificaria o julgamento de acordo com disposto na *lei orgânica*. Fato foi que na minuta da Constituição que se apresentou nas últimas sessões tal disposição desapareceu. O art. 100 que criava a competência dos tribunais federais para conhecer das violações às garantias individuais e as invasões, entre si, das jurisdições federal e local foi aprovado por maioria de 8 votos. O art. 101, que consignava as características do *amparo*, foi aprovado pela maioria de 19 votos, e o referido art. 102, que instituía o *júri*, foi aprovado por maioria de 29 votos. Estes dados revelam a desorientação da assembleia⁵¹⁴.

Ademais, de forma quase literal, o constituinte mexicano copiou o art. VI da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787⁵¹⁵, ao afirmar no artigo 126 que “*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso (que entonces era unicameral, ya que el Senado no se restableció hasta 1874), serán la Ley Suprema de toda la Unión*”. E mais, no mesmo dispositivo acrescentava-se, na linha do controle *cumulado-descentralizado* norte-americano, que “*Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*⁵¹⁶”.

A obra intelectual de Rejón só não naufragou por insistência e habilidade política de *Otero*, que auxiliado por *Arriaga*, *Mata* y *Ocampo* entenderam o projeto e o sentido do *amparo*, expressado-o no texto Constitucional de 1857, artigo 101: *Los tribunales de la federacion resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II. Por leyes ó actos de la autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía de los Estados. III.*

⁵¹⁴ TENA RAMIREZ, 1955, p. 503.

⁵¹⁵ CARPIZO, Jorge. **La interpretación del artículo 133 constitucional**. s.l., s.d., p. 3. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/4/art/art1.pdf>>. Acessado em 01 jan. 2012.

⁵¹⁶ CARPIZO ET ALII, 1997. pp. 753-4.

*Por las leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal*⁵¹⁷.

Diante de tal realidade a Constituição mexicana de 1857 teve a felicidade de haver implantado a garantia de defesa dos direitos fundamentais, bem como o *control de constitucionalidade* das leis naquele país Ibero-Americano. Como bem salientou FERNANDEZ SEGADO, ‘*el control de la constitución y la protección del gobernado frente al Poder público son los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran la teleología esencial del juicio de amparo*⁵¹⁸’, instituto que tão breve foi introduzido em 11 países Latino-Americanos: Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguai, El Salvador e Venezuela; não esquecendo o *Mandado de Segurança* brasileiro, que por semelhanças com o *amparo mexicano* já recebeu analogicamente a seguinte alcunha: *mandamiento de amparo*⁵¹⁹.

60. O amparo na Constituição de 1917

Na vigência da Constituição de 1917 o amparo já havia se arraigado à cultura e tradição jurídica mexicana. O povo já havia se acostumado, bem como admirado o mecanismo que os protegeu contra o despotismo, a autoridade e a arbitrariedade⁵²⁰, e muitas vezes foi pelo *amparo* que se protegeu a *vida*, a *liberdade* e a *propriedade*, os três principais dogmas do liberalismo clássico. Tal era o prestígio do *amparo* que a comissão de elaboração da constituição só teceu elogios ao instrumento jurídico de Rejón e Otero, e se existiu alguma discussão, foi tão-somente a respeito da procedência e o alcance do *amparo* em matéria de *direito civil*⁵²¹.

⁵¹⁷ Constitución Política de la República Mexicana de 1857, art. 101, Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1857.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2011.

⁵¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, pp. 33-4.

⁵¹⁹ FIX-ZAMUDIO, Hector. Ensayos sobre el Derecho de Amparo. **Estudios Doctrinales**. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, num. 142, México, 1993, p. 153. Do mesmo autor ver: _____. La protección procesal de las garantías individuales en América Latina. **Revista de la Comisión Internacional de Juristas**, vol. IX, num. 2, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 90 e ss; _____, s.d., pp. 328-349. Ver ainda: ARAÚJO, 2000, pp. 124-5;

⁵²⁰ Para conceituação de arbitrariedade ver capítulo da força bilateralmente obrigatória da norma de JHERING, 1950.

⁵²¹ TENA RAMIREZ, 1955, p. 504.

Salvo algumas pequenas distorções, ou melhor, adaptações; o modelo original do *amparo* mexicano instituído na Constituição de 1857 foi mantido, pelo constituinte *Querétaro*. Conservou-se intacta a competência constitucional do Poder judicial da Federação, e o artigo 103 expressava: “*Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I – Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales. II – Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III – Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal*”⁵²².

Importa resumir que a função do *amparo* não se restringiu apenas ao controle de constitucionalidade, tendo desempenhado outras funções ao longo da história mexicana, que por clareza e didática do tratamento, colacionamos a sumarização feita por FIX-ZAMUDIO, ao afirmar que o *amparo* mexicano é uma federação de cinco instrumentos processuais para: (1) proteger la libertad personal (*habeas corpus*); (2) combatir las leyes inconstitucionales (*amparo* contra leyes); (3) impugnar las sentencias judiciales (*amparo* contra resoluciones judiciales); (4) reclamar los actos y las resoluciones administrativas activas (*amparo* administrativo), y (5) proteger los derechos de los campesinos que están bajo el régimen de la reforma agrária (*amparo* agrario)⁵²³.

61. Controle difuso-cumulado na Constituição de 1917

Como vimos, o controle de constitucionalidade na Constituição de 1917 remanesce difuso-cumulado e concentrado-separado. A constituição de 1857 além de manter e aprimorar o *amparo* mexicano inspirava-se no artigo IV da Constituição dos Estados Unidos da América para redigir o controle difuso-cumulado de constitucionalidade das leis. A carta de 1857, sem grandes modificações, internalizou o artigo IV, no artigo 126 daquela Constituição. Na constituição atual o artigo 126

⁵²² TENA RAMIREZ, 1955, pp. 505-6.

⁵²³ FIX-ZAMUDIO, 1999, *passim*. Ver ainda: GUDIÑO PELAYO, s.d.a.

corresponde ao artigo 133 que passamos a analisar para entendermos o controle descentralizado-monista no México⁵²⁴.

O Artigo 133 tem a seguinte redação: *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*⁵²⁵.

Como o artigo não se expressa de forma clara e contundente acerca do controle de constitucionalidade das leis a doutrina questiona-se sobre a extensão deste controle, a quem compete controlar a constitucionalidade das leis. TENA RAMIREZ procura saber se os juízes locais podem defender a Constituição, frente às leis aplicáveis em sua esfera de atuação. Amplia a pergunta para saber também se “Puede el juez común de un Estado, del Distrito o de los Territorios Federales abstenerse de aplicar en un juicio la ley local, cuando advierte que es contraria a la Constitución?”⁵²⁶,

A resposta surge da interpretação do artigo. Toda vez que um juiz, frente a um caso concreto, encontre uma contradição entre o texto legal e a Constituição deve aplicar esta em desfavor daquela. Ocorre que os atos do parlamento são presumivelmente constitucionais e todas as autoridades devem respeito ao ditame legal. Assim, por sentença do Poder judiciário federal tal norma poderia ser afastada. Enquanto que o juiz ordinário, tanto quanto a autoridade administrativa, deveria aplicar a lei, sem julgar a inconstitucionalidade. Outra hipótese dar-se-ia pela incongruência da lei local com uma lei federal. Neste caso, ambas as normas regem a mesma matéria, sendo que uma delas contraria a Constituição⁵²⁷.

⁵²⁴ GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. **Lo confuso del control difuso de la Constitución:** propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional. s.l., s.d., p. 162. Disponível em <http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/175_203.pdf>. Acesso em 02 jan. 2012.

⁵²⁵ Texto integral da Constituição Mexicana, retiramos do sítio da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2012.

⁵²⁶ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 545.

⁵²⁷ Ibidem, pp. 546.

Na primeira hipótese a tarefa do juiz é mais fácil, pois não precisa decidir qual norma aplica. *Na segunda hipótese*, necessita fundamentar sua preferência entre a Constituição e uma lei. Ou seja, decidirá qual das leis ordinárias deve rechaçar. Em que critério, porém, deve fundar o afastamento de uma dessas leis? TENA RAMIREZ defende a tese de que o *juiz local*, de acordo com os princípios, deve preferir a lei de sua jurisdição, pois a *Constituição do Estado* não foi criada por outra razão, senão para realizar a ordem *Constitucional Estadual*. Caso haja conflito entre *ordem estadual* e a *Constituição Federal* deve prevalecer, por óbvio, *esta* em detrimento *daquela*. Porém, sequer a definição de que existe conflito, bem como a sua resolução caberia às autoridades estatais, mas sim ao *Poder Judiciário Federal*⁵²⁸.

Esta interpretação se coaduna com a racionalidade do direito e interpretação dos princípios constitucionais vigentes. Entretanto, o próprio autor obtempera a tese em razão da redação do mencionado artigo 133, pois o artigo mencionado parece contradizer a *soberania* e a *supremacia* da Constituição⁵²⁹, dois pontos básicos de apoio do direito constitucional mexicano⁵³⁰. Para ele impossível que as jurisdições – local e federal – possam ser colocadas no mesmo nível que a Constituição. Esta observação tenta explicar que não se pode considerar Lei Suprema (como o faz o artigo 133) a Constituição, as leis do Congresso da União e os tratados que estejam de acordo com ela⁵³¹.

Há uma imprecisão terminológica na primeira parte do artigo 133. A redação do artigo quer dizer, em verdade, que as *leis* e os *tratados federais* prevalecem sobre as *leis inconstitucionais* dos Estados, somente se forem constitucionais. Aqui existe primazia federal sobre o local. A primazia origina-se, importante que se diga, não da desigualdade das jurisdições, mas do conflito que nasce entre elas contrastadas com a Constituição, devendo prevalecer, é claro, a que se coadune com o texto constitucional.

⁵²⁸ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 546-7.

⁵²⁹ PINHO DIAS, Maria Rita Rebello. O controle de constitucionalidade no México – breve histórico e contornos atuais. In RAMOS TAVARES, André (coord). **Justiça constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 256.

⁵³⁰ GUDIÑO PELAYO considera que o art. 133 estabelece, com clareza, dois princípios: “*primero, el de la supremacía de la Constitución; y, segundo, el de la primacía del orden federal sobre el local*”. GUDIÑO PELAYO, s.d.b., p. 168.

⁵³¹ TENA RAMIREZ, 1955, p. 548.

A supremacia não é da jurisdição, mas da Constituição. Supremo será o ato que está de acordo com ela, inferior o que a contradiga⁵³².

A segunda parte do artigo 133 menciona que “*os juízes de cada estado ajustar-se-ão à Constituição, às leis e tratados, apesar das disposições que possa existir nas Constituições ou leis dos Estados*”. As duas hipóteses mencionadas por TENA RAMIREZ devem ser revistas, pois pela disposição expressa, da segunda parte do artigo 133, o juiz deve, ao apreciar a constitucionalidade da lei local, afastá-la de plano, sem ter, entretanto, outro dispositivo legal para aplicar, pois a Constituição não substitui a lei inconstitucional. Na segunda hipótese, entretanto, do conflito entre a lei local com lei federal (ou tratado), a constituição menciona prevalecer as leis e tratados que emanem da Constituição, com isso quer dizer que prevalecem as leis que estejam de acordo com a Constituição, quer dizer: *las leyes y tratados constitucionales*⁵³³.

Que a lei constitucional prevalece sobre a lei inconstitucional está fora de questão. O problema está em saber se “*puede el juez común definir, en un juicio ordinario, cuál de dos leyes provenientes de distintas jurisdicciones es la competente, para el efecto de no aplicar la ley de la jurisdicción incompetente?*”⁵³⁴ TENA RAMIREZ responde que o juiz local deve preferir as leis federais às de seu próprio Estado, mas somente se aquelas estiverem de acordo com a Constituição. De outro lado existe a presunção de constitucionalidade do direito federal, somente atacável por sentença da União⁵³⁵. Se, entretanto, o juiz local preferir o direito federal e a Suprema Corte é quem decida acerca da constitucionalidade, existiria a supremacia do direito federal sobre o local. O artigo 133 foi taxado por TENA RAMIREZ como um “*precepto obscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema*”⁵³⁶.

CARPISO, por sua vez, refere que da leitura do artigo 133 a conclusão é de que os juízes locais podem deixar de aplicar uma lei de sua entidade federativa, desde que as

⁵³² TENA RAMIREZ, 1955, pp. 548-9.

⁵³³ Ibidem, p. 549.

⁵³⁴ Ibidem, 549.

⁵³⁵ TENA RAMIREZ aponta algumas vantagens por esta segunda opção, são elas: “(1) reconhece la competencia única de la justicia federal para dirimir conflictos de jurisdicción entre la federación y los Estados;(2) evita el riesgo de que los tribunales de los Estados obstaculicen, a pretexto de inconstitucionalidad, la legislación federal; (3) elude el peligro de la anarquía en materia constitucional”. TENA RAMIREZ, 1955, p. 550.

⁵³⁶ Ibidem, p. 551.

mesmas sejam contrárias à Constituição. Refere, entretanto, que a jurisprudência da Suprema Corte declara que a constitucionalidade de uma lei só pode ser examinada pelo poder judiciário federal⁵³⁷, pela via do recurso de amparo⁵³⁸.

MARTÍNEZ BÁEZ, fundamenta que a essência da atividade jurisdicional repousa na função definidora do direito aplicável. Por esta razão, todo juiz ordinário aplicará a norma que julgue adequada ao desenlace da questão suscitada, mesmo que para isso tenha que julgar a norma inconstitucional. Deve o julgador dar preferência, primazia, prioridade à lei fundamental. Para que o juiz ordinário não pudesse exercer esta tarefa deveria existir manifestação expressa do poder constituinte. Como esta manifestação não aparece no texto mexicano de 1917, e como, pelo contrário, há disposição no sentido de que o juiz local deve respeitar a Constituição, entende o referido autor que o juiz local deve declarar a lei inconstitucional. A unidade da interpretação não restaria afetada, uma vez que a decisão do juiz local pode ser reclamada perante a justiça federal, mediante o já trabalhado *recurso de amparo*⁵³⁹.

GUDIÑO PELAYO interpreta as duas expressões do artigo 133 “... *que emanen de ella* (Constitución)” e “... *que estén de acuerdo con la misma* (Constitución)” de maneira diferente. Para ele a questão deve ser posta em termos mais amplos, pois o sistema difuso não deriva da interpretação do artigo 133 da Constituição, mas sim do artigo 94, parágrafo sétimo⁵⁴⁰; artigos 192, parágrafo primeiro, e 76 bis (ambos da lei de amparo)⁵⁴¹. Estes dispositivos levam a conclusão de que o juiz ordinário não aplicará a

⁵³⁷ LEYES ANTICONSTITUCIONALES, DETERMINACIÓN DE LAS. SEGUNDA SALA. Amparo administrativo en revisión 2873/33. Compañía Mexicana de Bienes Inmuebles, S. A. 14 de octubre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Agustín Aguirre Garza. Relator: Jesús Garza Cabello. **Semanario Judicial de la Federación**, quinta época, t. XLVI, p. 948. Retirado de SÁNCHEZ GIL, Rubén A. El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002. **Cuestiones Constitucionales**, julio-dic., n. 11, México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004, pp. 199-229. Específicamente p. 213.

⁵³⁸ CARPIZO, s.d., p. 26.

⁵³⁹ MARTÍNEZ BAEZ, Antonio. **El indebido monopolio del poder judicial de la federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes.** *Passim*. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/60a/60a16.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2012.

⁵⁴⁰ **Artículo 94.** Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

⁵⁴¹ Tal posição foi referendada por SÁNCHEZ GIL, 2004, pp. 199-229.

lei somente quando a mesma tenha sido declarada inconstitucional pela jurisprudência da Suprema Corte. Finaliza dizendo que “*de ninguna manera a pronunciarse de motu proprio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley*”⁵⁴²,

O artigo 133, para concluirmos, tomado da realidade constitucional norte-americana, desde a Constituição de 1857 (art. 126), prosperou naquele país justamente porque a defesa jurisdicional da Constituição iniciava-se diante dos juízes locais, para em seguida subir, mediante recurso, à justiça federal, vinculando, no mesmo processo, as duas instâncias. No México, ao contrário, os constituintes de 1857 tiveram o cuidado de impedir a intervenção da *justiça local* na defesa da *jurisdição constitucional*. Faltava ao México a conexão entre as jurisdições, subsistindo o artigo 133 com suas falhas e desacertos o dispositivo legal que regulamenta a complicada e controvertida técnica de controle difuso de constitucionalidade⁵⁴³.

62. Controle concentrado-separado na Constituição de 1917: da Suprema Corte de Justiça ao Tribunal Constitucional

⁵⁴² Corrobora sua tese com a decisão jurisprudencial 38/2002 del Pleno de la Corte. JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardaba la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación. Retirado de GUDIÑO PELAYO, s.d.b, p. 182-3.

⁵⁴³ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 552.

Durante muito tempo a Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana, por condições peculiares, atuou como tribunal de cassação ou de legalidade. Com o passar do tempo estas funções de cassação foram delegadas a outros órgãos jurisdicionais, tais como aos Tribunais Colegiados de Circuito. Estes fatores conduziram a Suprema Corte de Justiça, nos últimos anos, a um genuíno *Tribunal Constitucional*⁵⁴⁴. A razão principal para a criação deste tribunal é que ele marca a supremacia e o valor fundamental da constituição frente às leis⁵⁴⁵.

O controle concentrado, por via de ação direta, separado em um Tribunal Especial com competência para declarar a inconstitucionalidade das leis foi instituído pelo artigo 105 da Constituição de 1917⁵⁴⁶. O texto em sua redação originária dispunha: “*Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados; así como de aquéllas en que la Federación fuese parte*”⁵⁴⁷.

De outro lado, o artigo 103 dispunha que os Tribunais da Federação resolveriam as controvérsias suscitadas: “*a) por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; b) por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; c) por leyes o actos de las autoridades de los Estados que invadan la esfera de la autoridad federal*”. Esta disposição vincula-se ao *juízo de amparo*, mecanismo já aprofundado que permitia ao governado amparar-se nos *tribunais federais*, tanto para solucionar casos de violação de direitos fundamentais, quanto para eventuais controvérsias entre os poderes. Nesta última hipótese atesta AZUELA GÜITRÓN que entre 1917 e 1994 foram decididos somente 49 casos. E destes 49, somente um foi relevante, no ano de 1932, pois se tratava realmente de controvérsia entre a Federação e o Estado de Oaxaca. Nos demais casos de *juízo de*

⁵⁴⁴ Este foi o título do artigo de AZUELA GÜITRÓN, Mariano. **La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional**. s.l., s.d, p. 39. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr4.pdf>>. Acesso em 03 jan. de 2012.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 39.

⁵⁴⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. El Control Abstrato de la Constitucionalidad de las Leyes en México. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Num. 105. Jul-Sep, 1999, p. 212.

⁵⁴⁷ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 40.

amparo, as decisões constitucionais restringiam-se a assuntos relacionados a atos de autoridades administrativas, e buscava resolver problemas de violação indireta da Constituição⁵⁴⁸.

A jurisprudência da Corte durante este período restringia-se a assuntos administrativos, cíveis, trabalhistas e de direito penal. Reunia-se para resolver assuntos de amparo-legalidade, de conflito de competências, atuando, como vimos, basicamente como um *tribunal de cassação*. De 1982 a 1988 mudanças começam a ocorrer para que a *Suprema Corte de Justicia* se transformasse em um verdadeiro *Tribunal Constitucional*. Neste período foram engendradas reformas constitucionais⁵⁴⁹ em matéria de administração da justiça, pretendendo introduzir mecanismos que permitissem à *Suprema Corte* concentrar-se nas questões estritamente constitucionais, deixando aos Tribunais Colegiados do Circuito os problemas referentes à legalidade⁵⁵⁰.

Somente com as reformas constitucionais e legais de 1994, 1996 e 1999, complementadas por fatos de *natureza política*⁵⁵¹, é que fizeram com que a *Suprema Corte de Justicia* se transformasse em um genuíno *Tribunal Constitucional*⁵⁵². Um fator político relevante foi a aposentadoria dos ministros da Suprema Corte, que possuíam a qualidade de inamovíveis. Os novos ministros seriam selecionados pelo Senado da República, que em ocasião única escolheriam onze ministros de uma lista de dezoito, proposta pelo Presidente da República⁵⁵³.

Ao lado do Poder Judiciário Federal, dos Poderes Judiciais dos Estados, os Tribunais de Contencioso Administrativo federais e locais, do Tribunal Agrário e dos Tribunais Trabalhistas alocou-se a Suprema Corte de Justicia, cujo destaque apareceu no Decreto de Reformas Constitucionais de 1994, nos seguintes termos: “*Al constituirse*

⁵⁴⁸ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 41.

⁵⁴⁹ Neste período chegou-se a emitir um selo com a seguinte *leyenda*: “*SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*”, no centro se observava uma estátua de Don Manuel Crescencio Rejón. AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 41.

⁵⁵⁰ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 41.

⁵⁵¹ Dentre outras razões políticas a central foi a extensão do número de partidos políticos com participação efetiva no governo mexicano, nos três níveis (federal, estadual e municipal). Outro fator político importante foi a independência dos órgãos encarregados de vigiar a lisura dos processos eleitorais (Instituto Federal Eleitoral)

⁵⁵² ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. **La acción abstracta de inconstitucionalidad y la Supremacía Constitucional**. s.l., s.d., *passim*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/11.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2012.

⁵⁵³ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 42.

nuestra Suprema Corte en un auténtico tribunal constitucional, deberá mantenerse actualizada para garantizar que la interpretación constitucional sea armónica con las condiciones culturales, sociales y económicas al momento de su aplicación". O decreto complementava, mais adiante: "(...) la iniciativa propone llevar a cabo una profunda modificación de competencias de la Suprema Corte de Justicia, para otorgarle, de manera amplia y definitiva, el carácter de tribunal constitucional"⁵⁵⁴.

Mediante as reformas constitucionais publicadas no Diário Oficial da Federação, em agosto de 1987, resgatava-se a figura emblemática de Mariano Otero, para sustentar um controle de constitucionalidade pelas duas vias, muito semelhante ao que sustentava Otero no *Acta de Reformas* de maio de 1847. Objetivava-se manter a vigência do *juízo de amparo*, com todas suas especificidades, bem como a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das normas com efeitos gerais, mediante a ação de inconstitucionalidade. Ao se outorgar estas novas atribuições se reconhece "(...) el verdadero carácter que la Suprema Corte de Justicia tiene en nuestro orden jurídico: el de ser un órgano de carácter constitucional. Es decir, un órgano que vigila que la Federación, los estados y los municipios actúen de conformidad con lo previsto por nuestra Constitución"⁵⁵⁵.

Em 1996, outra reforma constitucional enriqueceu a função de Tribunal Constitucional da Suprema Corte de Justicia, pois reconheceu ser sua competência o exame da constitucionalidade das leis em matéria eleitoral. Tal peculiaridade só é possível se for promovida pelos partidos políticos devidamente reconhecidos e tentada a ação pelos seus legítimos representantes. Em 1999, novamente introduziram mudanças para que a *Suprema Corte* se fortalecesse como *Tribunal Constitucional*. A exposição de motivos do projeto deixava isto claro, pois tentava reformar o *artigo 94, parágrafo 6º*, a fim de ampliar a faculdade do Pleno do Tribunal para expedir *acordos gerais*, que seriam remetidos aos tribunais colegiados de circuito, referindo os temas sob os quais houvesse estabelecido jurisprudência, pois "*Dentro de la evolución de la Suprema Corte es inconsistente que el máximo tribunal constitucional del país deba*

⁵⁵⁴ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 42-3.

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 43-4.

*dedicar enormes esfuerzos a dictar resoluciones sobre numerosos asuntos en los que ya ha realizado un análisis profundo y emitido la resolución correspondiente (...)*⁵⁵⁶.

Como observado, de 1950 para cá a Suprema Corte de Justiça vem evoluindo em suas funções constitucionais. Talvez a mais emblemática alteração tenha sido a de regular sua capacidade de trabalho, tanto quantitativo, impedindo a acumulação de processos repetitivos, quanto qualitativo, pois pode concentrar suas ações em assuntos verdadeiramente constitucionais, com importância e transcendência à ordem jurídica nacional⁵⁵⁷. As ações diretas podem ser promovidas pelas frações parlamentares de caráter minoritário que alcançassem 33% dos integrantes do órgão de representação com o objetivo de questionar, de maneira abstrata, a regularidade constitucional das disposições normativas emitidas pelos órgãos legislativos dos quais formem parte⁵⁵⁸.

A essencialidade da *ação direta* de constitucionalidade está em que a parte demandante não necessita demonstrar a existência de um agravo, ou de uma violação jurídica específica. O prejuízo à parte não é condição de admissibilidade do recurso. Em síntese, o *controle de constitucionalidade*, nos termos da fração II, do art. 105, pode controlar as seguintes normas⁵⁵⁹: (1) Os integrantes da Câmara de Deputados e Senadores poderão ingressar com *ação direta* contra leis federais e do Distrito Federal, emitidas pelo congresso da União; (2) os *Senadores* contra os *tratados internacionais* celebrados pelo executivo federal; (3) os membros da *legislatura* dos Estados contra as disposições normativas gerais expedidas pelos mesmos órgãos; (4) os membros da Assembleia de Representantes do Distrito Federal contra as leis emitidas pela própria Assembleia; por fim, nos termos do inciso c) da fração II, do art. 105, o Procurador Geral da República que pode impugnar “*leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano*”⁵⁶⁰.

Por fim, cabe mencionar que, as sentenças da Suprema Corte não são suscetíveis a qualquer recurso, e vinculam todos os poderes públicos e autoridades. A Suprema Corte não pode voltar a conhecer a constitucionalidade de matérias já julgadas

⁵⁵⁶ AZUELA GÜITRÓN, s.d., p. 43-4.

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 45.

⁵⁵⁸ CARPIZO ET ALII, 1997. p. 776.

⁵⁵⁹ Sobre a legitimação ativa em controle abstrato de normar ver BRAGE CAMAZANO, 1999, pp. 213 e ss.

⁵⁶⁰ CARPIZO ET ALII, 1997. p. 776.

(*identidad de objeto*), quando os conceitos de invalidade alegados sejam os mesmos (*identidade de causa*). De outro lado, não está totalmente engessada a Suprema Corte, podendo alterar a *ratio decidendi*, pois a constituição, nos dizeres de BRAGE CAMAZANO, “*no es una fórmula matemática ni tampoco un texto muerto*”⁵⁶¹. Quanto às sentenças *estimatorias* (aquelas que deverão ser respaldadas pelo menos por oito ministros) produzem efeitos *erga omnes*⁵⁶². A eficácia, entretanto, não retroage. O próprio artigo 105 proíbe os efeitos retroativos, bem como não estabelece o dia a partir do qual a sentença surtirá efeitos. Assim que as sentenças produzirão seus efeitos a partir da data que determina a Suprema Corte de Justiça⁵⁶³.

63. Função de controle e de aplicação das leis no direito mexicano

Como vimos, o controle de constitucionalidade na Constituição de 1917 remanesce *difuso-cumulado e concentrado-separado*. De um lado, a Constituição de 1857 internalizou (no artigo 126, atual artigo 133, da Constituição de 1917) o artigo IV da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. De outro lado, engendrou esforços na transformação da Suprema Corte de Justiça em um genuíno Tribunal Constitucional (artigo 105 da Carta de 1917), com competência para dirimir conflitos e ser o verdadeiro intérprete da Constituição.

Já aprofundamos a interpretação do artigo 133 e comprovamos a dificuldade doutrinária em definir parâmetros aplicativos ao controle descentralizado de constitucionalidade. Alguns se filiam ao poder de rechaço das leis contrárias à constituição pelos *juízes ordinários*, outros dizem que a competência de rechaçar a aplicação das normas é restrita ao *Poder Judiciário Federal*. Juntamente com esta

⁵⁶¹ BRAGE CAMAZANO, 1999, p. 230.

⁵⁶² “Esta eficacia general, que supone, en suma, la expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico de la norma enjuiciada, constituye una absoluta novedad en el sistema mexicano de justicia constitucional pues, hasta la reforma de 1994, por medio del amparo contra leyes podía controlarse la constitucionalidad de éstas, pero, en virtud de la conocida como ‘fórmula Otero’, la eventual declaración de inconstitucionalidad que pudiera obtenerse por parte de cualquier juez o tribunal federal tenía siempre una limitada eficacia inter partes et in casu, incluso cuando era la propia Suprema Corte la que reiteradamente estimaba la inconstitucionalidad de la ley (...) las sentencias estimatorias dictadas con motivo de las acciones de inconstitucionalidad, ‘se rompe una barrera, psicológica se diría, construida alrededor de la famosa ‘fórmula Otero’ en el juicio de amparo’”. BRAGE CAMAZANO, 1999, pp. 230-1.

⁵⁶³ BRAGE CAMAZANO, 1999, pp. 230-1.

competência descentralizada de controle existe o amparo, com todas as suas peculiaridades, para proteger os direitos fundamentais, bem como o *controlado* de constitucionalidade que atacaria a lei *in abstracto*.

Vê-se no México, tanto quanto no Peru, a existência da cumulação da função de controle, com a função de aplicação das leis. Os valores da Constituição podem ser interpretados pelo *juiz ordinário*, tanto quanto pela *Suprema Corte de Justiça*, pois o artigo 133 consagra uma defesa subsidiária da constituição pelos órgãos locais, que podem deixar de aplicar uma lei, por entendê-la contrária à Constituição. Tal problema de não se distinguir os fins e funções do Estado, controle e aplicação das leis, foi sentido, em outras palavras, pelo próprio TENA RAMIREZ, ao afirmar, para a realidade a época, que “*Cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo 133, inclusive la más favorable y liberal para los jueces de los Estados, es decir, la que pone en manos de tales jueces funciones constitucionales, los peligros que tal interpretación presenta no se comparan con aquellos que hemos descubierto en dejar análogas funciones al Poder Ejecutivo*”⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ TENA RAMIREZ, 1955, pp. 552.

CAPÍTULO 3º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL VENEZUELANA

“(...) el sistema venezolano de justicia constitucional es un sistema mixto, en el cual el control difuso de la constitucionalidad de las leyes funciona paralelamente al control concentrado de la constitucionalidad atribuido a la Corte Suprema de Justicia⁵⁶⁵”.

64. A declaração de independência venezuelana

A história de independência do povo venezuelano é marcada pela figura simbólica do grande libertador *SIMON BOLÍVAR*; lutou ele, não apenas para a libertação de sua terra natal – Venezuela, mas também por Colômbia, Equador, Peru e Bolívia, esta a razão da alcunha: *El Libertador*. Se de um lado a (1) Venezuela desponta como o primeiro país latino-americano a proclamar sua independência política, no ano de 1810; (2) e como o primeiro país latino-americano a proclamar a democracia como base do regime político de 1811⁵⁶⁶; de outro lado foi um dos (1) países latino-americanos mais dependentes economicamente da política norte-americana; (2) e um dos países que menos tempo desfrutou da democracia em toda a sua história sócio-política⁵⁶⁷.

Assim, a história política da Venezuela como nação independente começa em 19 de abril de 1810, momento em que a *Suprema Junta Conservadora dos Direitos de*

⁵⁶⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Estado de Derecho y Control Judicial: Justicia Constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 23.

⁵⁶⁶ LÖSING abre seus escritos sobre a Venezuela referindo que “Durante mucho tiempo Venezuela fue considerada una de las democracias más estables de América Latina. (...) Mucho de este resplandor se desmoronó en los últimos años. Crisis económicas, sociales y políticas condujeron en el año 1992 a dos intentos de golpe de estado, en 1933 el Presidente de entonces fue destituido, la justicia se halla actualmente ante el colapso, la tasa de inflación es al momento la más alta de América Latina y la corrupción en la administración pública ha alcanzado una medida insoportable según datos de transparencia internacional”. LÖSING, Norbert. *Evolución Constitucional en Venezuela*. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 1ª ed., s.l., 1997, pp. 79-80.

⁵⁶⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Instituciones políticas y constitucionales**. Caracas - San Cristobal: Universidad Católica Andrés Bello, 1982, pp. 33-34.

Fernando VII, nas Províncias da Venezuela, desconhece a autoridade da Regência espanhola e reconhece a autoridade do Rei⁵⁶⁸. O que parecia ser uma reação local de uma das colônias de Espanha acabou sendo, em definitivo, a primeira manifestação de independência da Espanha. Tal movimento revolucionário seguiu os mesmos moldes da *Revolução Francesa*, tendo, inclusive, inspiração na *Revolução norte-americana*. Foi uma revolução, podemos dizer, “do terceiro Estado”, da burguesia, da nobreza ou oligarquia crioula, que constituía a única força ativa nacional. Tão logo independizado e reconhecida a autoridade do Rei instaurou-se eleições, das quais participaram sete das nove províncias que integravam a Capitania Geral da Venezuela⁵⁶⁹, consagrando-se o sufrágio universal – com as exceções estabelecidas pelo Regulamento Geral de Eleições de 10 de junho de 1810⁵⁷⁰ – a todos os homens livres⁵⁷¹.

Em 5 de julho de 1811 o Congresso aprovou a Declaração de Independência. Em 7 de julho de 1811 foi aprovada a ata de independência da Venezuela⁵⁷², chamada de *Declaración de los Derechos del Pueblo*, e a nova nação seria chamada de *Confederação Americana de Venezuela*. Nos meses seguintes a aprovação Congressional da independência, o Congresso redigiu a primeira Constituição venezuelana, constituição que foi aprovada em 21 de dezembro de 1811; nascia com ela a primeira república, forma de governo que acabou afastando-se do igualitarismo político que vigorou durante o primeiro ano de independência, pois restringia o sufrágio em razão das potencialidades econômicas, fator que beneficiava a aristocracia crioula e a nascente burguesia parda⁵⁷³. Mas vejamos o primeiro texto constitucional venezuelano.

65. A origem do Controle de Constitucionalidade: as bases do constitucionalismo de 1811

⁵⁶⁸ A *Junta Suprema de Caracas* foi, em verdade, o primeiro governo independente a existir no território, porém a época, chamava-se *Suprema Junta Conservadora dos Direitos de Fernando VII*. TEJERA, Miguel. **Compendio de la Historia de Venezuela**. LaVergne: Bibliobazaar, 2010, p. 70.

⁵⁶⁹ En noviembre del mismo año inicial tuvieron lugar las elecciones de diputados en las provincias de Caracas, Barinas, Cumaná, Barcelona, Mérida, Trujillo y Margarita. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Las Primeras Constituciones Políticas de Colombia y Venezuela*. **Revista de Historia Contemporánea**. Madrid: Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons Historia, 2008. Disponível em <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer8_04.pdf>. Acesso em 04 jan. 2012, p. 77.

⁵⁷⁰ Este regulamento excluía do sufrágio, mulheres, menores de 25 anos, salvo os casados; os dementes, os surdomudos, os que possuíssem causa criminal em andamento...

⁵⁷¹ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 35-39.

⁵⁷² RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 78.

⁵⁷³ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 40-41.

A primeira das vinte e seis constituições venezuelanas⁵⁷⁴ é promulgada em 21 de dezembro de 1811. Considerada por BREWER-CARÍAS como a quarta constituição na história do mundo moderno⁵⁷⁵, foi expedida pelo Congresso como *Constitución Federal para los Estados de Venezuela* e aprovada pelos representantes de Margarita, Mérida, Cumaná, Barinas, Barcelona, Trujillo e Caracas. Cronologicamente foi considerada a primeira constituição nacional no continente americano de filiação ibérica⁵⁷⁶.

Esta primeira *Constituição Venezuelana* vai condicionar, sem sombra de dúvidas, a evolução das *instituições políticas e constitucionais* daquele país. O texto constitucional de 1811 foi condicionado pelas ideias da *revolução francesa*, pois adota uma espécie de *controle político* das leis provinciais a cargo do Congresso⁵⁷⁷. Defende o igualitarismo civil (reminiscência dos direitos do homem em sociedade, fruto do pacto social), a supremacia da lei, a separação dos poderes, a noção de soberania. Abeberar-se-ia, igualmente, na *Constituição norte-americana*, que lhes fornecia o modelo de federalismo moderno, de constituição rígida, de ideal de supremacia da Constituição, e por decorrência lógica, do controle de constitucionalidade⁵⁷⁸.

Sob os auspícios do liberalismo, abeberados nas fontes francesas, no ideal da lei como *‘l’expression libre de la volonté générale’*, tudo de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, imbuídos da clássica teoria de Montesquieu sobre a separação dos poderes⁵⁷⁹, de onde *le pouvoir arrête le pouvoir*, almejando a paralisia necessária ao florescimento do liberalismo e do constitucionalismo

⁵⁷⁴ Foram 26 Constituições e 19 atos modificativos de emenda ou reforma da Constituição. As mudanças seguiam, em grande parte, às necessidades políticas dos que assumiam o poder, mas pode-se dizer que as constantes mudanças foram sempre superficiais. PEDRA, Anderson Sant’Ana. A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In: **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. (Coord. RAMOS TAVARES). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 325.

⁵⁷⁵ Perdendo apenas para a norte-americana de 1787, para a francesa de 1791, e para a polonesa do mesmo ano. BREWER-CARÍAS, Allan. El sistema constitucional venezolano. In: GARCÍA BELAUNDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F.; VALLE, R. Hernandez (Coord.). **Los sistemas constitucionales Iberoamericanos**. Madrid: Dykinson, 1992, p. 774.

⁵⁷⁶ RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 80.

⁵⁷⁷ AYALA CORAO, Carlos M. La Jurisdiccion Constitucional en Venezuela. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La Jurisdiccion Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, S.L., 1997. p. 934.

⁵⁷⁸ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 40.

⁵⁷⁹ Sobre a teoria da separação dos poderes a doutrina é imensa, por todos, ver: SOUZA JUNIOR, 2002b; e ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, vol. 113, Jan. 2000; ou o próprio MONTESQUIEU, 2005, Livro XI.

oitocentista, a Constituição de 1811 consagrou, no Capítulo IX, artigo 227, a supremacia constitucional, em que as leis contrárias à constituição, *in verbis: no tendrán ningún valor, sino cuando hubiesen llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción*. Tal mecanismo corrobora o controle norte-americano, espelhado que estavam no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em que a lei contrária a Constituição deve ser declarada nula e írrita (*null and void*)⁵⁸⁰.

A Constituição de 1811 consagrou de forma mais expressa do que no artigo 227⁵⁸¹ a nulidade das leis contrárias à Constituição, e o fez no capítulo pertencente aos Direitos dos Homens, relacionando que as leis federais e provinciais contrárias aos Direitos Fundamentais serão nulas de pleno direito; mas vejamos o texto constitucional em apreço: Art. 199: Para precaver toda transgressão dos poderes a nós confiados declaramos: que todas e cada uma das coisas constituídas na anterior declaração de direitos estão isentas e fora do alcance do Poder geral ordinário do governo e que, contendo e apoiando-se sobre os indestrutíveis e sagrados princípios da natureza, “*toda ley contraria a ellas que se expida por la legislatura federal, o por las provincias será absolutamente nula y de ningún valor*”⁵⁸²”.

Tais dispositivos constitucionais consagram a supremacia da Constituição e garantem a nulidade das leis que a contraditem. O capítulo 4º, seção 2ª, arts. 115 e 116, elenca as atribuições do Poder Judiciário, bem como estabelece as competências originárias e exclusivas da Suprema Corte de Justiça. Foi desta forma que o controle de constitucionalidade apresentou-se à Venezuela, sem esquecer-se, *outrossim*, que tal mecanismo era acompanhado, paralelamente, por um sistema de controle político

⁵⁸⁰ AYALA CORAO, 1997. p. 933. Ver ainda: BREWER-CARÍAS, 1987, pp. 21-22. _____, 1989, p. 275.

⁵⁸¹ **Artículo 227.-** La presente Constitución, las leyes que en su consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación y las autoridades y habitantes de las Provincias, estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, **no tendrán ningún valor**, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción. **[negritamos]** Disponível em: <http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_Federal_de_1811/Texto_Constitucional>. Acesso em 04 jan. 2012.

⁵⁸² Ver texto completo da Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811 em: <http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_Federal_de_1811/Texto_Constitucional>. Acesso em 10 fev. 2011.

(artigo 71) de constitucionalidade das leis provinciais a cargo do Congresso, pois, *ceteris paribus*, era natural à época espelhar-se também na *experiência francesa*⁵⁸³.

66. Caudilhismo político regional venezuelano: a queda da Gran-Colômbia

De acordo com o texto da *Constituição Federal para os Estados da Venezuela de 1811*, as províncias de Margarita, Cumaná, Barinas, Barcelona, Mérida, Trujillo e Caracas firmariam um “*Pacto Federativo*” pelo qual as províncias manter-se-iam soberanas; ou melhor, os poderes não expressamente outorgados à autoridade central, reservar-se-iam às autoridades locais⁵⁸⁴. A este sistema confederativo recém-instaurado opuseram-se tanto *Bolívar*, quanto *Miranda*; uma vez que, se fosse levado ao extremo, somado aos separatismos existentes à época, poder-se-ia desarticular institucionalmente o país, temendo-se inclusive pela unidade nacional. Os federalistas, defendendo suas ideias e impulsionados pelo temor ao centralismo, elegeram Valencia como a ‘*Ciudad Federal*’, opondo-se, portanto, à hegemonia de Caracas, momento em que o caudilhismo político regional venezuelano garantiu o poder da aristocracia local⁵⁸⁵.

Nesta guerra ideológica BOLÍVAR seria derrotado, pois finda a vigência da Constituição de 1811, instaurava-se um novo texto Constitucional – em 1819 – que mantinha o esquema político de *autonomia regional e localista*, fomentando, ainda mais, em solo venezuelano, a autoridade dos *caudilhos militares*. Tal fórmula foi mantida nas constituições seguintes, mesmo quando momentaneamente o qualificativo federativo foi suprimido do texto constitucional. Se a Constituição de 1811 teve duração efêmera, fruto da queda da Primeira República, impulsionada pelos espanhóis; certo que o caudilhismo e o seu regionalismo manteve-se de pé, mesmo estando a República em guerra⁵⁸⁶.

⁵⁸³ AYALA CORAO, 1997. pp. 933-4.

⁵⁸⁴ Tal mecanismo é copiado dos norte-americanos, mais especificamente do artigo 2º, dos *Artigos da Confederação de 1777*, *in verbis*: Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled. Ver texto em <<http://www.usconstitution.net/articles.html#Article2>>. Acesso em 11 fev. 2011.

⁵⁸⁵ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 46-8.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, pp. 49-50.

Anos mais tarde editou-se a *Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colômbia y la Constitución de 1821*, documento outorgado pelo Congresso geral dos povos de *Nueva Granada* (Colômbia, Equador e Venezuela). Tal carta dividia a república em Departamentos e Províncias, reforçando, ainda mais, o caudilhismo militar e regional desenvolvido pelas guerras de independência. O reflexo da *Ley Fundamental* não poderia ser outro senão o desmantelamento da *Gran Colombia*, que tinha por Capital, desde 1821, Bogotá. Somava-se a isto a reação local do Município de Caracas contra o regime constitucional de 1821; sequer havia o Município jurado fidelidade completa ao texto constitucional. A tendência separatista da Venezuela em relação à *Gran Colombia* era clara, e momentos mais tarde perfectilizar-se-ia. Impulsionados pelos caudilhos militares e regionais, a época proprietários e *terratenedes*, independizaram-se da *Gran Colombia* e instauraram uma República Venezuelana independente, oligárquica e conservadora⁵⁸⁷.

Neste interregno o *controle de constitucionalidade* ficou apagado, a República Oligárquica e Conservadora foi instaurada e em breve a Constituição de 1830 veio a lume. O predomínio de *Paez na Venezuela* fez-se presente a partir de 1826, já que estavam independentes da *Gran Colombia*. Faltava-lhes apenas um novo texto constitucional. E foi o que aconteceu, o Congresso de Valência redigiu uma nova Constituição e aprovou-se, formalmente, a *Constituição da República da Venezuela de 1830*, objeto de nosso tópico seguinte⁵⁸⁸.

67. A constituição de 1830 e o controle judicial implícito

A estrutura federalista, por óbvio, foi objeto de debate na Constituinte. Optaram por um sistema centro-federal, ou misto, como denominava o congresso, pois se de um lado o Estado era unitário, de outro as províncias gozavam de ampla autonomia, dotadas, inclusive, de uma Assembleia de Deputados, que influía na eleição dos Governadores de Província; um verdadeiro justo meio entre federalismo e centralismo. O sistema eleitoral remanesceu oligárquico, estando a Venezuela diante do seu mais

⁵⁸⁷ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 50-56.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, pp. 56-57.

longo texto Constitucional. Foram 27 anos de vigência de uma Constituição dirigida (direta ou indiretamente) pelos *caudillos militares* e *oligárquicos*. Oscilou o poder do *Presidente Paez* (1831 a 1835) ao *Presidente José Maria Vargas*⁵⁸⁹ (1835 a 1838), voltando o poder ao presidente *Paez* e, em 1843 assume a Presidência o General *Soublette*, governando o país até 1847, todos eleitos com o apoio das oligarquias econômicas⁵⁹⁰.

Tal qual o império brasileiro⁵⁹¹, os venezuelanos foram influenciados pelas doutrinas sociais europeias, pela liberdade de imprensa, por novas ideias e novos políticos, o que provocou o surgimento de uma corrente política auto-intitulada de *liberal*, que designou como seus opositores os oligárquicos da situação: os *conservadores*. Polarizou-se, assim, a disputa política na Venezuela: eram os liberais *versus* os conservadores. Os primeiros ganharam apoio popular, em grande parte por agitadores e demagogos do estilo de *Antonio Leocadio Guzmán*, o qual fomentou revoltas políticas e sociais contra a *Presidência de Soublette*. Mas os conservadores ainda dominavam, pois o sistema eleitoral vigente favorecia os conservadores e os liberais moderados, na medida em que quem determinava a maioria era a classe rica e instruída. Assume, então, a Presidência mais um conservador, o Sr. *José Tadeo Monagas*, apoiado por *Paez e Soublette*⁵⁹²⁵⁹³.

Neste interregno o controle de constitucionalidade aparecia apenas timidamente. Pode-se dizer que de 1811 a 1858, quando finalmente o controle de constitucionalidade se consagra de maneira mais expressa, vigorou na Venezuela um *control judicial implícito*⁵⁹⁴. Paralelamente a este controle, como vimos, funcionava um sistema de

⁵⁸⁹ “*Los conflictos entre partidos militaristas y civiles y particularmente los originados por la denominada ‘Revolución de Reformas’, originaron conflictos entre el Presidente Vargas y el Congreso que obligaron al primero a renunciar al año de iniciar su gobierno, terminando el período constitucional en 1839, com gobiernos ejercidos por los Vicepresidentes.*” BREWER-CARÍAS, 1982, p. 59.

⁵⁹⁰ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 57-59.

⁵⁹¹ Em tal ponto a bibliografia é farta, por todos ver: OLIVEIRA TÔRRES. João Camilo de. **A Democracia Coroada: Teoria Política do Império do Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1964, *passim*._____. **Os Construtores do Império**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, *passim*.

⁵⁹² A história possui suas peculiaridades, e a Venezuela não foi diferente, pois logo que Monagas fora empossado presidente ele: “(...) conmutó la pena de muerte de Guzmán, quien al poco tiempo sería su Ministro y luego su Vicepresidente (1849-1853), y formó gobierno con los liberales, pasando los conservadores y el Congreso que lo habían elegido, a la oposición”. BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 61-62.

⁵⁹³ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 59-62.

⁵⁹⁴ AYALA CORAO, 1997. p. 934.

controle político da constitucionalidade das leis provinciais a cargo do Congresso⁵⁹⁵. O *controle concentrado-separado de constitucionalidade* ingressaria expressamente na Constituição de 1858. Ao passo que o *controle cumulado-difuso* estabelecer-se-ia apenas no Código de Processo Civil, no ano de 1897; podendo, assim, qualquer juiz ou tribunal declarar inconstitucional uma lei por entendê-la contrária à Constituição, com efeitos *inter partes*⁵⁹⁶.

De fato, a constituição de 1830 refere-se evasivamente ao *controle de constitucionalidade* das leis, no artigo 147, nº 10, ao atribuir à *Corte Suprema de Justiça* a função de: “*Oir las dudas de los demas tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por el conducto del Poder Ejecutivo, si las considerare fundadas para la conveniente declaratória*”⁵⁹⁷. Assim que, na Venezuela, a primeira formalização do *controle de constitucionalidade* aguardaria o texto constitucional de 1858, e nasceria controle concentrado, contrariando, de certa maneira, a tendência ibero-americana que normalmente passa do *controle descentralizado-difuso* (aos juízes e tribunais) ao *separado-concentrado* (em Tribunal Constitucional).

68. Controle concentrado no século XIX: a peculiaridade constitucional Venezuelana

Em 1850 convocaram-se novas eleições e o então Presidente *José Tadeo Monagas*, temendo perder o posto para o Vice-Presidente *Antonio Leocadio Guzmán*, impulsiona a candidatura de seu irmão, o Sr. *José Gregorio Monagas*. Iniciou seu mandato em 1851, sob fortes críticas do Partido Liberal e de alguns segmentos do *Partido Conservador*, temendo, como se dizia: a *dinastia Monagas*. Em 1853 e 1854 movimentos armados insurgiram-se contra *Monagas*, sem obter grandes êxitos. A Lei de Abolição da Escravatura foi aprovada, e o que se previa aconteceu: José Tadeo

⁵⁹⁵ AYALA CORAO, 1997, p. 934.

⁵⁹⁶ BREWER-CARÍAS, 2006, p. 7.

⁵⁹⁷ Ver o texto da Constituição da Venezuela de 1830 em: <<http://www.angelfire.com/va/derecho/1830.html>>. Acesso em 16 fev. 2011.

Monagas reassume, em 1855, a Presidência consolidando-se a forma de governo autocrática⁵⁹⁸.

Em 1857 faz-se nova Constituição e *Monagas*, no mesmo ano, promove reforma constitucional para reeleger-se, pois seu mandato estava por finalizar. Esta constituição não chegou a durar sequer um ano, e tão logo se instaura a Constituição de 1858⁵⁹⁹, documento que estabelece pela primeira vez, de maneira expressa, o controle judicial de constitucionalidade, dando-se inclusive caráter de *ação popular* e competência à *Corte Suprema* para declarar a nulidade dos atos legislativos sancionados pelas legislaturas provinciais, a requerimento de qualquer cidadão quando referida lei contrariar a Constituição, tudo de acordo como o estabelecido no artigo 113, ordinal 8º⁶⁰⁰, da *Constituição dos Estados Unidos da Venezuela de 1858*⁶⁰¹.

O controle de constitucionalidade inaugurado em 1858 consagra, segundo AYALA CORAO, três elementos: (1) uma *ação judicial por via principal e concentrada* na *Corte Suprema de Justiça*, com competência para declarar a ‘*nulidad*’ dos atos que contrariam a Constituição; (2) a consagração de uma *ação popular*, exercida por qualquer cidadão, contra atos legislativos que violem a Constituição; e (3) o controle de constitucionalidade dos *atos legislativos* sancionados pelas legislaturas provinciais. Os dois primeiros elementos permanecem iguais nas constituições posteriores, porém o terceiro (Controle dos atos legislativos provinciais) vai evoluindo e ampliando-se a outros atos do poder legislativo e do poder executivo⁶⁰².

A norma constitucional trazida pela Constituição de 1858 (113, ordinal 8º) inova em relação às Constituições anteriores. Não era novidade que os juízes pudessem afastar a aplicação das leis, sob a égide das constituições anteriores, quando fosse necessário;⁶⁰³

⁵⁹⁸ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 62-63.

⁵⁹⁹ BERNAL refere-se à Constituição de 1858 como um dos momentos mais marcantes do constitucionalismo da América Ibérica. BERNAL, Andrés Botero. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. *Revista Sequência*. Núm. 59, dez/2009, p. 16.

⁶⁰⁰ Artículo 113.- Son atribuciones de la Corte Suprema: 8. Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a pedido de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución; Disponível em:

<http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos_de_Venezuela_de_1858>. Acesso em 17 fev. 2011.

⁶⁰¹ AYALA CORAO, 1997, p. 934.

⁶⁰² Ibidem, p. 934. Ver ainda: ARAÚJO, 2000, pp. 132-134.

⁶⁰³ BERNAL, 2009, p. 4.

a novidade estava no reconhecimento expresso, de uma *ação judicial direta*, por *via específica*, para declarar a nulidade dos atos contrários à Constituição. Esta é uma contribuição inegável, que os venezuelanos carregam em sua história. Aliás, a inconstitucionalidade prevista poderia atacar a lei *em abstrato*, sem a existência do tradicional *leading case* oriundo do *judicial review* norte-americano.

Importa mencionar ainda, que o controle venezuelano apresenta uma excepcionalidade, quem sabe não bem compreendida, ou mitigada pela doutrina. Buscando as origens do *controle judicial* de constitucionalidade concentrado em Corte Constitucional, encontraremos o mesmo na Venezuela, muito antes do que na Áustria, ou mesmo nos livros de Hans Kelsen⁶⁰⁴. Pode-se dizer que a Constituição venezuelana de 1858 antecipou-se, nada menos que 70 anos às Constituições Europeias no reconhecimento de tal controle. Basta ver que o texto constitucional atribui somente à Corte Suprema venezuelana o poder de declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição⁶⁰⁵. Isto é, sem dúvida, algo que os venezuelanos podem se orgulhar: terem se antecipado ao ilustre Hans Kelsen.

69. As Constituições venezuelanas de 1864, 1909, 1936, 1947, 1961

O presente tópico cobre um número grande de constituições, bem como deixa de mencionar outras que vivenciaram os venezuelanos (1874, 1881, 1891). Tal fato não atrapalha o objetivo de nosso estudo, uma vez que a alteração das normas constitucionais no tocante ao controle de constitucionalidade foram irrelevantes, ou sequer expressivas para o fim que aqui se busca. Estas Constituições não tocam no cerne de nossa pesquisa, mas fez-se necessário traçar um panorama histórico, mesmo que curto, para chegarmos aos tempos modernos em que o controle *descentralizado-difuso* convive com o *concentrado-separado*, no mesmo ordenamento jurídico. Vejamos as especificidades destas Constituições.

⁶⁰⁴ Ver, por exemplo: Kelsen, 1979, *passim*; ou _____, 2003, *passim*.

⁶⁰⁵ AYALA CORAO, 1997. p. 934.

Com a Constituição de 1864 – ratificada pelo líder federalista *Juan Crisóstomo Falcón*⁶⁰⁶ – inicia-se uma nova etapa na estrutura político-constitucional venezuelana. A aliança *caudillista-federal-regional* na Venezuela desintegra a República em entidades *federales-feudales autónomas*, dotadas de governo próprio, eleito por sufrágio direto e secreto. Ao *Poder Central* reserva-se o *Distrito Federal*, considerado território neutro, e praticamente até o século XX o *modus vivendi* venezuelano centrar-se-á na aliança política de caudilhos regionais. Tal aliança, referendada pela constituição, cairia no século XX, momento em que se inicia a integração política do país, com a criação de um Exército Nacional sob o comando de Gómez⁶⁰⁷.

A Constituição de 1864 acrescenta-se, ratificou o *voto popular, universal e secreto* já consagrado na Constituição de 1858, mas foi apenas ilusório, pois quase noventa por cento da população era analfabeta e a lei dava o sufrágio apenas aos que sabiam ler e escrever. O processo político limitava-se a uma minoria privilegiada; votavam os oligárquicos comerciantes e terratenentes⁶⁰⁸. Outra peculiaridade da Constituição de 1864 foi o estabelecimento de um sistema de proteção da autonomia e dos direitos dos novos Estados contra os atos do Congresso Nacional ou do Executivo Nacional. Por fim, atribuiu à *Alta Corte Federal* a competência para declarar nulo⁶⁰⁹: “*todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole los derechos garantizados a los Estados en esta Constitución o ataque su independencia*”(art. 92)⁶¹⁰.

Na esteira do que dispunha a Constituição de 1864, a Constituição venezuelana de 1909 amplia o *controle concentrado* de constitucionalidade, pois a atribuição da Alta Corte Federal (e de *Casación*) abrange agora a proteção da autonomia, não só dos Estados, com também dos Municípios, tendo a faculdade de declarar a “*nulidad de todos los actos de las Cámaras Legislativas o del Ejecutivo Nacional que violen los derechos garantizados a los Estados o que ataquen su autonomía y las de los actos de las Legislaturas o de los Concejos Municipales que colidan con las bases 10, 11, 12 y 13*”

⁶⁰⁶ TEJERA, 2010, p. 237.

⁶⁰⁷ Gómez usará de sua força bélica para governar o país ditatorialmente até 1935. Ver: BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 76-7.

⁶⁰⁸ BREWER-CARÍAS, 1982, pp. 76.

⁶⁰⁹ Ver texto da Constituição venezuelana de 1864 in: <[http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n de los Estados Unidos de Venezuela de 1864](http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n%20de%20los%20Estados%20Unidos%20de%20Venezuela%20de%201864)>. Acesso em 18 fev. de 2011.

⁶¹⁰ AYALA CORAO, 1997. pp. 934-5.

del artículo 12 de la Constitución⁶¹¹” (art. 112, ord. 12º). A constituição de 1936 ampliou para “*todos los actos del Poder público violatorios de la Constitución*”. Já na Constituição de 1947 tal atribuição foi incluída dentro do controle genérico da constitucionalidade da Suprema Corte de Justiça, podendo ela declarar a nulidade das leis e demais atos nacionais, estatais e municipais por violação da Constituição (art. 220, ord. 7º e 9º)⁶¹². E na Constituição de 1961, vem expresso no art. 215, ord. 3 e 6⁶¹³⁶¹⁴.

70. O controle “difuso” de Constitucionalidade: O Código de Procedimiento Civil de 1897

Entre as Constituições venezuelanas de 1864 e 1909 merece destaque o *Código de Procedimiento Civil de 1897*. Na contramão do que normalmente aconteceu na história dos países ibero-americanos, o *control descentralizado-difuso* foi reconhecido posteriormente ao *concentrado-separado*. Por mais que o texto de 1811 falasse em *nulidade* dos atos inconstitucionais, tal mecanismo foi colocado com clareza não em texto constitucional, mas em *lei ordinária*, e de lá para cá se conservou em todos os códigos posteriores⁶¹⁵. Basta ver que o artigo 10º do *Código de Procedimiento Civil* da Venezuela de 1897 estabelecia: “*Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia*⁶¹⁶”. Tal dispositivo é repetido, *ipsis literis*, no artigo 20 do atual *Código de Procedimiento Civil* venezuelano⁶¹⁷.

⁶¹¹ Ver texto integral da Constituição venezuelana de 1909 in: <<http://www.antiescualidos.com/img/1909%20%20Constitucion%20-%20Revolucion%20Bolivariana%20-%20Constituciones%20Politicadas.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2011.

⁶¹² Ver texto integral da Constituição dos Estados Unidos da Venezuela de 1947 in: <<http://www.analitica.com/bitblo/anc/constitucion1947.asp>>. Acesso em 18 fev. 2011.

⁶¹³ Artículo 215 Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia; 3º Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución; 6º Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución; Ver texto da Constituição in: <http://www.angelfire.com/va/derecho/1961.html> Acessado em: 18 de Febrero de 2011.

⁶¹⁴ AYALA CORAO, 1997. p. 935.

⁶¹⁵ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 11-12.

⁶¹⁶ AYALA CORAO, 1997. p. 936.

⁶¹⁷ Ver texto integral do *Código de Procedimiento Civil* venezuelano de 1990 in: <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_DE_PROCEDIMIENTO_CIVIL.doc>. Acesso em 18 fev. 2011.

Este sistema de estrutura *monista-descentralizado-cumulado* de constitucionalidade inaugurado expressamente no *Código de Procedimiento Civil* de 1897 confere a qualquer juiz, de qualquer instância, o poder de atuar como se juiz constitucional fosse, declarando a inconstitucionalidade de uma norma qualquer, por afronta à constituição⁶¹⁸. Assim o juiz, no caso concreto, tem o poder de decretar a inconstitucionalidade da lei *inter partes*, no *caso concreto*, por *via incidental*, pressuposto do qual deriva a *supremacia da constituição*, pressuposto pelo qual operam as constituições rígidas sem Tribunal Constitucional, no moderno Estado Democrático de Direito.

Temendo que os juízes ordinários deixassem de aplicar as leis por entendê-las contrárias à Constituição de maneira ampla e irrestrita, bem como buscando dar mais estabilidade às relações jurídicas, pode-se dizer que, a técnica *descentralizada-difusa* de controle de constitucionalidade foi remediada na Venezuela com a internalização do artigo 321 do *Código de Procedimiento Civil*, ao afirmar que: “*los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en los casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia*”⁶¹⁹.

71. A Constituição de 1999: justiça constitucional e jurisdição constitucional

A Constituição venezuelana de 30 de dezembro de 1999 declara expressamente em seu texto (art. 7) ser ela a norma suprema e o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Daí decorre o controle de constitucionalidade e o dever de conformidade das normas *infra-constitucionais* à Constituição, devendo, portanto, todos os juízes e tribunais *velar pela integridade e supremacia da constituição*, sendo inclusive texto expresso da carta venezuelana (art. 334); acresça-se, ainda, o teor do artigo 335, pelo qual em matéria de *justiça constitucional*, todas as Salas possuem expressamente

⁶¹⁸ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 18-19.

⁶¹⁹ *Ibidem.*, pp. 28-30.

competência para garantir “*la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”⁶²⁰.

Há, certamente, outras formas de acesso à materialização da justiça constitucional na Venezuela, como por exemplo a *acción de amparo*, *acción popular de inconstitucionalidad*, *las acciones contencioso administrativas de nulidad de los actos administrativos*, y *la desaplicación de normas constitucionales en casos concretos judiciales*⁶²¹, o que somente reforça a coexistência – no sistema venezuelano de controle de constitucionalidade – de ambos os sistemas (cumulado-difuso e concentrado separado). Tal cumulação de modelos foi referendado em voto do Magistrado Héctor Pena Torrelles, na Sentença número 7 da Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça em 01-02-2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*), momento em que o sistema de *justiça constitucional* iniciava a sua aplicação em texto constitucional novo, mas vejamos excertos da decisão da sentença, que por sua clareza e precisão colacionamos abaixo:

Es bien sabido que la idea de la justicia constitucional en los Estados de Derecho surge de la necesidad de dar protección a la Constitución frente a las arbitrariedades del Poder Público, que atenten contra la preservación del orden jurídico y el respeto a los derechos fundamentales del individuo. Las formas de protección de la Constitución acogidas por los distintos ordenamientos se dividen en un control *concreto o difuso* y un control *abstracto o concentrado*. En el primero de los casos, se permite a los distintos jueces ejercer una porción de esta justicia constitucional en los casos particulares que les corresponde decidir, y el segundo de los supuestos se deja en un órgano especializado, que sería el jerarca de la jurisdicción constitucional, como contralor de la constitucionalidad de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley. A partir de allí se ejerce la supremacía constitucional, que en unos casos se atribuye a una Corte o Tribunal autónomo y en otros sistemas – como el caso de Venezuela – se inserta en el máximo organismo jurisdiccional del país, no ya desde su resolución caso por caso, sino como órgano rector del resto del sistema de justicia. En Venezuela, tanto el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de 1961, como en la Constitución recientemente aprobada por voluntad popular, *se han consagrado las dos formas de control constitucional*, lo cual constituye una tendencia de

⁶²⁰ BREWER-CARÍAS, 2000, pp. 9-12.

⁶²¹ Ibidem, pp. 16-17.

avanzada en la doctrina comparada. La nueva Constitución ha asumido este *sistema mixto de control constitucional* pero ha dado un paso más al crear la Sala Constitucional, atribuyéndole la tarea de ser el máximo intérprete de las normas y principios constitucionales y darle carácter vinculante a sus interpretaciones. La importancia de la justicia constitucional en la nueva Constitución se revela de forma expresa en su ubicación en el Texto Fundamental; en efecto, el Constituyente de 1999, ha establecido de forma intencional las competencias de esta Sala en el título de VIII denominado “DE LA PROTECCION DE LA CONSTITUCIÓN”, en el cual se refleja la alta responsabilidad que le ha sido conferida, dadas las competencias atribuidas en los artículos 335 y 336 de la misma⁶²². (itálicos nossos)

Assim, cabe distinguir *justiça constitucional* de *jurisdição constitucional*. Termos por vezes confundidos, mas que se bem analisados apresentam semantema diferente e relação prática distinta. Enquanto à *primeira* atribui-se a todos os Tribunais, por diversos meios judiciais; a *segunda* é atribuída a um único órgão judicial ao qual se designa o poder de anular certos atos estatais por razões de inconstitucionalidade. Nos países Europeus, tal função é entregue, na maioria das vezes, a um Tribunal Constitucional, ou às Cortes Constitucionais. Na Venezuela, tal função é entregue ao *Supremo Tribunal de Justiça*, e na Constituição de 1999 a uma Sala Constitucional. A *justiça constitucional* é um conceito material; é o poder de julgar em matéria constitucional, função esta atribuída a todos os juízes e tribunais, por diversas ações e recursos que perfazem o sistema venezuelano misto de controle de constitucionalidade⁶²³.

72. Reformas Constitucionais na Venezuela: a revolução socialista de Hugo Chaves

Antes de analisarmos o *controle abstrato* de estrutura *separada-centralizada-dualista* e o *controle concreto* de estrutura *cumulada-descentralizada-monista* com o aprofundamento necessário, vamos fazer referência às duas tentativas de reforma política engendradas pelo Presidente Hugos Chaves. A primeira, em 21 de dezembro de

⁶²² Trecho da Sentença de número 7 extraído de BREWER-CARÍAS, 2000, pp. 17-18.

⁶²³ BREWER-CARÍAS, 2000, pp. 13-20.

2007, sem o menor sucesso⁶²⁴, tentava alterar boa parte da Constituição venezuelana; a segunda, entretanto, idealizada em 15 de fevereiro de 2009, conseguiu alterar alguns dispositivos da Constituição venezuelana.

A revolução socialista na Venezuela foi engendrada – dentre outras maneiras – pela malfadada tentativa de reforma da constituição em 2007. O projeto de reforma propunha alterar nada menos que 69 dos 350 artigos da Constituição e fora aprovado por 161 votos a favor (todos parlamentares do governo), e 6 abstenções. Interessante, e até curioso, foi que os partidos da oposição desistiram de participar das eleições de 2005, afetando-se, assim, o pluralismo político das decisões importantes do governo venezuelano, violando-se, sem dúvidas, o Estado de Direito, o pluralismo político e a própria democracia⁶²⁵.

Dentre outras modificações que intentava o projeto importa destacar as mais importantes: (1) instaurar o socialismo como o regime oficial de governo; (2) retirar a autonomia do Banco Central; (3) reduzir a jornada de trabalho de 8 para 6 horas diárias; (4) passar o poder político às cidades, entregando às comunas o exercício do poder político; (5) reconhecer a propriedade privada, a estatal e a mista como direitos dos cidadãos venezuelanos, mas, nas entrelinhas, com fortes tendências à socialização; (6) as Forças Armadas transformar-se-iam em corporação “*bolivariana e antiimperialista*”; (7) as milícias nacionais substituiriam a reserva militar e intergrar-se-iam às Forças Armadas; (8) a Guarda Nacional (polícia militar) transformar-se-ia numa corporação essencialmente militar; (9) o mandato do presidente passaria de seis para sete anos com direito a reeleição indefinidamente; (10) o presidente teria o direito de decretar estado de exceção por tempo ilimitado e qualquer pessoa poderia ser presa sem que houvesse acusação formal; (11) o governo poderia impor a censura aos meios de comunicação⁶²⁶.

⁶²⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. **La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el Poder Constituyente Originario.** s.l., s.d. Disponível em <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1.%201.%20972.%20La%20rechazada%20reforma%20constitucional%20de%2007%20por%20el%20poder%20constituyente%20originario.pdf>>, acessado em 04 de janeiro de 2012.

⁶²⁵ Disponível em <<http://www.eldiariomontanes.es/20071103/mas-actualidad/internacional/venezuela-votara-constitucion-socialista-200711030825.html>>. Acesso em 7 mar. 2011.

⁶²⁶ <<http://www.eluniversal.com.mx/internacional/55903.html>>. Acesso em 7 mar. 2011. Ver ainda: <<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=501897>>. Acesso em 7 mar. 2011; ou ainda: <http://www.publico.pt/Mundo/parlamento-da-venezuela-adoptou-a-reforma-constitucional-de-chavez_1309586>. Acesso em 7 mar. 2011.

A proposta de reforma da Constituição proposta pelo Conselho Presidencial e sancionada pela Assembleia Nacional, em novembro de 2007, não constituía, segundo BREWER-CARIAS “una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”. O que a *Assembleia Constituinte* sancionou como *Projeto de Reforma Constitucional*, necessitaria da convocação de uma Assembleia Constituinte. Tanto o Presidente da República, quanto a *Assembleia Nacional* fraudaram a Constituição e as instituições democráticas do País. O voto do Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, sentença nº 2042 da Sala Constitucional de 2 de novembro de 2007 expressamente se manifestou que o Projeto não se tratava de uma reforma à Constiução, mas sim a uma nova Constituição.⁶²⁷

Entretanto, a Constituição previa no artigo 344 a necessidade de se realizar um *referendum* no prazo máximo de trinta dias após a sanção do projeto de reforma. O *referendum* foi rejeitado pelo povo venezuelano por uma apertada maioria. A reforma apresentava-se em dois blocos de artigos, para opção pelo sim ou pelo não. Chaves restou vencido nos dois blocos de votação. Ressalte-se que o *Conselho Nacional Eleitoral* registrou que de um universo de 16.109.664 *electores inscritos*, só apareceram nas urnar para votar 9.002.439 *votantes*, o que indica que o número de abstenções foi de 44,11%⁶²⁸. O quadro abaixo, recortado do *Consejo Nacional Electoral de Venezuela* mostra, em números, a apertada rejeição do projeto de reforma⁶²⁹.

Resultados para o Bloco A

Opção	Votos	Porcentagem
Sim	4379392	49,29%
Não	4504354	50,7%

Resultados para o Bloco B

Opção	Votos	Porcentagem
Sim	4335136	48,94%
Não	4522332	51,05%

⁶²⁷ BREWER-CARIAS, s.d.a.

⁶²⁸ Ibidem

⁶²⁹ Dados retirados do site <http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/>. Acesso em 13 mar. 2011.

Novo projeto de reforma constitucional foi apresentado pelo presidente Hugo Chaves em 15 de fevereiro de 2009⁶³⁰. Agora com sucesso o presidente Hugo Chaves conseguiu alterar a Constituição venezuelana. A reforma alterou os artigos 160, 162, 174, 192 e 230. De fato, o texto da Constituição de 1999, segundo os artigos referidos, vedavam, cada um a sua maneira, a reeleição *ad eternum* do Presidente, dos Governadores e demais representantes do executivo. A reeleição limitava-se a dois períodos. O Governador, a exemplo do artigo 160, poderia ser reeleito *de inmediato y por una sola vez, para un período adicional*. Foi contra estes artigos que Chaves opôs-se e reformou no *referendum*.

BREWER CARIAS em artigo sobre a reforma demonstra a importância do *Princípio Republicano*⁶³¹ que significa na língua espanhola a “*alternabilidad*”, do latim “*alternatium*”, e que na língua inglesa recebe igual significado “*interchangeably*” ou “*by turns*”. Todas as Constituições venezuelanas desde 1830 (1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 e 1947) inseriram proibição de reeleição imediata do Presidente da República. A Constituição de 1857 (autoritária) não continha esta proibição, sendo que a Constituição de 1961 estendeu a possibilidade de reeleição do Presidente por mais um mandato (10 anos)⁶³².

Como o *referéndum* de 2007 foi rejeitado pela população, bem como o artigo 347 da Constituição venezuelana de 2009 refere que o povo é o depositário do poder constituinte e é ele que pode convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, basta interpretar os fatos ocorridos. O povo acabara de rejeitar, via *referendum*, a alteração da Constituição. Não pode um Presidente ficar perguntando, nos termos de BREWER-CARIÁS, “*again and again, without limits, on the same matters in the same*

⁶³⁰ BREWER-CARIÁS, Allan R. **Venezuela 2009 referendum on continuous reelection: Constitutional implications.** s.l., s.d.. Disponível em http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan_Brewer-Carias-Venezuela_2009_Referendum_on_Continuous_Re-Election_Constitutional_Implications.pdf. Acesso em 05 jan. 2012.

⁶³¹ Interessante colacionar aqui o famoso discurso de Simón Bolívar, em 1819, sobre a continuidade dos líderes no poder. Transcrevemos o trecho que foi citado por BREWER-CARIÁS, intitulado e traduzido como *Angostura Speech (1819)*: “The continuation of the authority in the same individual has frequently been the end of democratic governments. Repeated elections are essentials in popular systems, because nothing is more dangerous than to leave for a long term the same citizen in power. The people get used to obey him, and he gets used to command them; from were usurpation and tyranny is originated....Our citizens must fear with more than enough justice that the same Official, who has governed them for a long time, could perpetually command them” Simón Bolívar. *Escritos Fundamentales*. Caracas, 1982, apud BREWER-CARIÁS, s.d.b.

⁶³² BREWER-CARIÁS, s.d.b.

constitutional term”⁶³³. Outras implicações poderiam ser extraídas do texto constitucional para vedar a nova tentativa de reforma constitucional. Entretanto o *referendum*, desta vez foi aprovado, eis o resultado:⁶³⁴

Opção	Votos	Porcentagem
Sim	6310482	54,85%
Não	5193839	45,14%

73. Controle difuso-cumulado na Constituição venezuelana de 1999

O controle concreto de constitucionalidade previsto no artigo 10º do *Código de Procedimiento Civil* da Venezuela de 1897 estabelecia: “*Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia*”⁶³⁵. Tal dispositivo é repetido, *ipsis literis*, no artigo 20 do atual *Código de Procedimiento Civil* venezuelano⁶³⁶. Disposição semelhante encontra-se, ainda, no Código Orgânico de Processo Penal, no artigo 19, ao dispor que: “*Corresponde a los jueces velar por la incolumidade de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional*”.⁶³⁷ Os dispositivos legais atribuem o poder de controle de constitucionalidade da legislação à todos os juízes do ordenamento jurídico (descentralizadamente), dentro de sua jurisdição, pois entregar tal função ao *Poder ao Ejecutivo* – a quem cabe aplicar a lei aos casos concretos – poderia levar o país à anarquia⁶³⁸.

⁶³³ BREWER-CARÍAS, s.d.b.

⁶³⁴ Dados retirados do site <http://www.cne.gov.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009/>. Acesso em 13 mar. 2011.

⁶³⁵ AYALA CORAO, 1997. p. 936.

⁶³⁶ Ver texto integral do *Código de Procedimiento Civil* venezuelano de 1990 in <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_DE_PROCEDIMIENTO_CIVIL.do>. Acesso em 18 fev. 2011.

⁶³⁷ Código Orgânico Processual Penal disponível em <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/copp.html>>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁶³⁸ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 37.

Este controle genérico pode ser interposto por qualquer das partes litigantes no processo, sendo que a decisão pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade é autônoma do juiz, de acordo com o estabelecido no CPC⁶³⁹. A insegurança proveniente da interpretação do juiz, sobre os princípios e valores inseridos na constituição, é comum nos países que não contam com o sistema do *stare decisis* proveniente da *judicial review* norte americana. Como visto, o artigo 321 aparece no sistema venezuelano como uma fórmula de uniformizar a jurisprudência, tentando dar maior segurança jurídica às relações sociais.

Os venezuelanos, tanto quanto os mexicanos, estabeleceram um mecanismo de controle difuso de constitucionalidade das leis e atos estatais por via de ação principal, de *amparo constitucional* previsto pela *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (LOA), artigos 3º, 4º e 5º. Ou seja, o juiz possui a faculdade de deixar de aplicar uma norma ao caso concreto, ou mesmo suspender os efeitos da sentença ou do ato administrativo, toda vez que constatar uma lesão aos direitos constitucionais⁶⁴⁰. Sendo que a sentença dada pelo juiz ordinário pode ser revisada através dos recursos – ordinários ou extraordinários – previstos pelo sistema processual (apelação, invalidação, cassação...) ⁶⁴¹.

O *amparo venezuelano* existe para garantir o gozo e o exercício de direitos humanos contra fatos, atos ou mesmo omissões do Estado ou de particulares (art. 2º da LOA). É hoje na Venezuela a mais importante forma de controle concreto de constitucionalidade. O amparo depende de um caso concreto, mas será possível intentar ação própria para a defesa de direitos fundamentais quando o direito violado derivar de norma que colida diretamente com a Constituição (Art. 3º da LOA). Usa a doutrina, inclusive, a expressão Ação Direta de Amparo⁶⁴², pois a parte requerente é amparada, contra uma norma qualquer, que esteja de fato violando um direito constitucional. Em resumo, trata-se, em verdade, de um controle principal de constitucionalidade das leis pela via do amparo venezuelano⁶⁴³.

⁶³⁹ AYALA CORAO, 1997. p. 936.

⁶⁴⁰ Ibidem, p. 937.

⁶⁴¹ Ibidem, p. 937.

⁶⁴² BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 40.

⁶⁴³ Ibidem, pp. 39-41.

O amparo aparece reconhecido no artigo 27 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela⁶⁴⁴ como forma de defesa de direitos, garantindo o gozo e o exercício dos direitos e garantias constitucionais, mesmo quando estes direitos não apareçam de forma expressa no texto constitucional. Como vimos, o amparo recepcionado pela atual constituição de 1999 recebeu legislação próprio (Lei Orgânica de Amparo sobre Direitos e Garantias Constitucionais de 1988), bem como busca ser ação de fácil acesso, breve, rápida, gratuita, sem grandes formalidades. Pode ser intentada por qualquer pessoa, não necessitando, por exemplo, da representação de advogado. Constitui-se o amparo na forma mais legítima de *controlé concreto de constitucionalidade das leis* no ordenamento jurídico venezuelano⁶⁴⁵.

74. Controle concentrado-separado na Constituição venezuelana de 1999

Juntamente ao controle difuso-cumulado de constitucionalidade das leis aparece o controle concentrado-separado em que a função de controle aparece centralizada em um único órgão: A Corte Suprema de Justiça⁶⁴⁶. Instituído inicialmente previsto pela Constituição de 1858 é hoje regulamentado pelo artigo 215, ordinais 3, 4 e 6 da atual Constituição venezuelana. Tanto as leis (nacionais, estaduais e municipais), como os Decretos Leis, atos de governo e demais atos estatais com nível de lei, tais como os regulamentos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade do Pleno da Corte Suprema de Justiça⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ **Artículo 27.** Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales. Disponível em <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em 05 jan. de 2012.

⁶⁴⁵ Para maior aprofundamento nesta matéria voltar ao capítulo referente ao amparo mexicano, ou ver MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo en Iberoamérica. In: **Tratado de Derecho Precesal Constitucional**. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, Vol. 1, *passim*.

⁶⁴⁶ AYALA CORAO, 1997. p. 937.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 937.

Dos artigos 335, 336 e 266 da CV de 1999 extrai-se a Supremacia da Constituição e o dever de proteção, pela Corte Suprema de Justiça, dos direitos que ela formalmente reconheceu. Deve a Corte também proteger e velar pela uniformidade de interpretação e aplicação das normas constitucionais, uma vez que sua interpretação vincula os demais juízes e tribunais do ordenamento jurídico. O aqui detalhado foi repetido, com maior vagar, na Lei Orgânica do Tribunal Supremo da Justiça de 2004, principalmente no artigo 5º.

Peculiaridade importante a ser destacada referente ao controle concentrado é que ele pode ser exercido apenas pela Sala Constitucional, nos termos do artigo 334 da CV: “*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella*”.⁶⁴⁸ BREWER-CARÍAS explica que a Sala Constitucional é competente apenas para controlar os atos ditados por órgãos públicos ou outras normas de mesma hierarquia, bem como, contra atos ditados em execução direta e imediata da Constituição⁶⁴⁹.

Existe a possibilidade de controle preventivo. Este pode ser exercido em três hipóteses. **Primeira** é o controle de constitucionalidade preventivo sobre *tratados internacionales*. Claro que o controle é exercido antes da ratificação do tratado. A pedido do Presidente da República caberá à Sala Constitucional verificar a constitucionalidade de tratados, conforme previsão dos artigos 336, ponto 5, da CV e do artigo 5º, ponto 10 da Lei Orgânica do Tribunal⁶⁵⁰. **Segundo** é o controle de constitucionalidade preventivo de *Leis Orgánicas*. O artigo 203 refere caber à Sala Constitucional julgar a constitucionalidade de qualquer lei orgânica⁶⁵¹ em dez dias, e o envio é automático à Sala, ou seja, não há um legitimado ativo a desencadear esse controle, pois o mesmo integra o processo legislativo⁶⁵². **Terceiro** é o controle de constitucionalidade

⁶⁴⁸ Disponível em <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁶⁴⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constitución, Democracia y Control del Poder**. Caracas: Editora Jurídica Venezolana, 2004, p. 321.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 314.

⁶⁵¹ BREWER-CARÍAS lista a totalidade das leis orgânicas. Para maior aprofundamento no processo legislativo venezuelano, ver BREWER-CARÍAS, 2004, p. 322.

⁶⁵² BREWER-CARÍAS, 2004, p. 321.

preventivo de *Leis não sancionadas*, uma vez que o artigo 214 da CV prevê a possibilidade do Presidente da República questionar perante a Sala Constitucional a constitucionalidade de uma lei durante o seu prazo para sancioná-la ou vetá-la. Cabe mencionar que tal controle preventivo em nada afeta o poder de veto do Presidente.

Há previsão expressa de controle de constitucionalidade das leis por omissão⁶⁵³. O artigo 336, no ponto 7, da CV de 1999 menciona caber à *Sala Constitucional* declarar a inconstitucionalidade das omissões do poder *legislativo municipal, estadual ou nacional*, toda vez que deixarem de ditar normas ou medidas indispensáveis para garantir o cumprimento desta Constituição. É possível a inconstitucionalidade por omissão, nos casos de edição de normas incompletas. Reconhecida a omissão deverá a Sala Constitucional estabelecer prazo razoável, ao órgão omissor, para que este resolva a omissão. Se for necessário pode a Sala Constitucional determinar os lineamentos da correção. O maior detalhamento do processamento da omissão aparece no art. 5º, pontos 12 e 13 da Lei Orgânica da Corte.

Entretanto, o principal meio de controle de constitucionalidade pela via abstrata é a *Ação Popular de Inconstitucionalidade*, pois permite à qualquer cidadão questionar um ato com força de lei perante o Tribunal Supremo de Justiça, na maioria dos casos, intentado por profissionais do direito, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da lei. Em certos casos a ação de inconstitucionalidade das leis é exercida conjuntamente com a impugnação do ato particular aplicado⁶⁵⁴. CANTOR refere caber *Ação Popular* não somente contra leis em sentido estrito, mas ainda contra atos de reforma da Constituição, referendos legislativos, consultas populares e plebiscitos⁶⁵⁵.

75. Função de controle e de aplicação das leis no direito venezuelano

⁶⁵³ Para maiores aprofundamentos na omissão inconstitucional ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas. In: **Tratado de Derecho Procesal Constitucional**. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, Vol. 1, pp. 341 e ss.

⁶⁵⁴ AYALA CORAO, 1997. p. 944.

⁶⁵⁵ CANTOR, Ernesto Rey. Acción Popular de Inconstitucionalidad. In **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. Argentina, vol. 1, jan-jun, 2004, p. 2.

A Venezuela apresenta as suas peculiaridades no controle de constitucionalidade das leis. Foi precocemente o primeiro país a adotar o controle *concentrado-separado* antes do *difuso-cumulado*. Em 1858 já possuía toda uma técnica de controle de constitucionalidade, reconhecida em texto constitucional. O controle difuso-cumulado ingressaria no Código de Procedimento Civil de 1897. Sancionou, em 21 de dezembro de 1811 a primeira constituição da América Latina. Durante muito tempo foi considerada uma das democracias mais estáveis da América Latina.

Entretanto, nos últimos anos, principalmente com a ascendência do atual Presidente, nota-se uma crescente centralização do poder. As reformas engendradas pelo governo Chaves, em 2007 e 2009, na Constituição, só reforçaram a tendência centralizadora do governo, que não vem respeitando a separação dos poderes e o Estado Democrático de direito. O judiciário, que aqui mais nos interessa, não tem sido um grande defensor dos direitos fundamentais. A imparcialidade dos poderes é fortemente atacada por parcela do governo. Existe a discricionariedade de remoção dos que pensam ou que atuem com certa independência⁶⁵⁶.

Quando os Tribunais tentam atuar com certa autonomia, ou com um mínimo grau de autonomia, tem se verificado, nos últimos anos, o afastamento desses magistrados dos seus cargos⁶⁵⁷. Tudo que está expresso no texto constitucional relacionado à independência e harmonia entre os poderes, lamentavelmente não vem sendo respeitado. Em 2008 foram realizados concursos públicos, pois após a Constituição de 1999, boa parte dos juízes do país perderam seus cargos, sendo que no lugar deles nomearam-se juízes sem concurso público, ou seja, estes juízes provisórios ou temporais, sem nenhuma estabilidade, foram facilmente manipulados pela política autoritária do governo de então⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ BREWER-CARÍAS, 2004, pp. 25 e ss.

⁶⁵⁷ BREWER-CARÍAS exemplifica: “en 2000 con los Miembros del Consejo Nacional Electoral, en 2001 con la Defensora del Pueblo y el Fiscal General de la República; y en 2004 con algunos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El caso de la Defensora del Pueblo fue patético, al pensar que tenía autonomía para impugnar la Ley Especial de la Asamblea Nacional de 2001, sobre nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo sin cumplir con los requisitos constitucionales. Por ello, fue sustituida”. BREWER-CARÍAS, Allan R. Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela. In: **El control del poder. Homenaje a Diego Valadés**. Peter Häberle e Diego García Belaúnde (Coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México, 2011, p. 164.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 165.

Não foi por outra razão que o *Informe Especial* sobre Venezuela do ano de 2003, oriundo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos expressou que “*un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada pelas distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son ‘provisionales’*”. Sem contar que em 2006, contrariando a técnica de concursos públicos, estabeleceu-se na Venezuela, um sistema de nomeação de juízes suplentes, novamente tentando-se manipular ou intervir no poder judiciário⁶⁵⁹.

Diante deste cenário retratado, difícil fica inclusive sustentar-se a imparcialidade dos juízes. Entretanto, há a cumulação do direito de rechaço das leis inconstitucionais, tanto pelos juízes ordinários, quanto pelos juízes da Suprema Corte de Justiça e sua Sala Constitucional. O controle preventivo tem as suas peculiaridades, visto que a Sala Constitucional exerce um importante papel no desenvolvimento do processo legislativo, mas não podemos negar que função de controle e de aplicação, dos fins últimos e próximos do Estado, imiscuem-se na prática judiciária venezuelana, com suas especificidades e autoritarismos.

⁶⁵⁹ BREWER-CARÍAS, 2011b, pp. 165-6.

CAPÍTULO 4º - A FUNÇÃO CUMULADA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS LEIS NA REALIDADE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

“(…) *The system of judicial review also established since the 19th century in Colombia, has always been a mixed system of judicial review of legislation, which in a very similar way to the Venezuelan one, mixed the diffuse and concentrated methods of judicial review*⁶⁶⁰”

76. A declaração de independência colombiana

A independência da Colômbia foi inspirada tanto na Declaração de independência dos Estados Unidos da América, quanto no sentimento revolucionário ocidental da segunda metade do século XVIII e primeira metade do século XIX⁶⁶¹. A Revolução Francesa, a ideologia *liberal do iluminismo*, a filosofia política da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, também contribuíram para a independência⁶⁶². Sem contar que à época, a dinastia de *Los Borbones* assumiu a Coroa espanhola e suprimiu diversos privilégios que a metrópole possuía, quando reinava *Los Habsburgo*. Os conquistadores e seus descendentes, que já haviam conquistado seu espaço, engendraram esforços para declarar o *Vice-Reinado de Nueva Granada* independente da Coroa Espanhola. O momento não poderia ser mais oportuno. As tropas napoleônicas haviam invadido Espanha⁶⁶³.

GIORGIO DONATI refere que os fatores influenciadores da independência da *Gran Colômbia* foram, dentre outros de menor importância: (1) a *crise do sistema monárquico absolutista*, em contraposição ao poder soberano do povo, que começa a exigir direitos humanos, declarados para serem recordados⁶⁶⁴, ideário inclusive que predominava não apenas no além-mar, mas também na própria Europa; (2) a nova *ideia*

⁶⁶⁰ BREWER-CARÍAS, 2011a.

⁶⁶¹ DONATI, Giorgio. **Le Costituzioni dell’America latina: I paesi bolivariani**, Bolívia, Colômbia, Equador, Perú, Venezuela. pp. 153 e ss.

⁶⁶² RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 82.

⁶⁶³ OSUNA PATIÑO, Néstor. **Constituciones Iberoamericanas: Colombia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 2.

⁶⁶⁴ Ver sobre o tema dos direitos humanos fundamentais FERREIRA FILHO, 2007, *passim*.

iluminista de democracia e de governo republicano, idealizando modificações no sentido da federação, da divisão dos poderes⁶⁶⁵, da participação política, da representação e (3) a *crise do sistema econômico colonial mercantilista*, decorrência lógica de revolução industrial e da liberdade de mercado⁶⁶⁶. Todos estes fatores contribuíram à declaração de independência e a formação de uma nação soberana, burocrática, coesa, com território próprio e constituição escrita.

A semelhança do que aconteceu com os demais países vinculados à Coroa Espanhola, bem como aproveitando o momento oportuno da guerra napoleônica, o território ocupado pelo então chamado *Vice Reinado de Nueva Granada*⁶⁶⁷ converteu-se em uma *República Federal independente*. Liderados inicialmente por *Antonio Nariño* e por *Camilo Torres Tenorio* e mais tarde por *Simón Bolívar* e *Francisco de Paula Santander*, receberia o *Vice Reinado* a alcunha de *Gran Colombia*, para honrar o estimado navegador *Cristóbal Colón*⁶⁶⁸. Cronologicamente a Venezuela foi o primeiro país a se tornar independente da Espanha. Colômbia, por sua vez, sabendo das deliberações do Congresso de Venezuela em prol da Independência, não só reconhece imediatamente a independência da Venezuela, como também declarou a sua⁶⁶⁹. Entre as duas nações estabeleceu-se uma espécie de vasos comunicantes⁶⁷⁰. Mas vejamos como se deu o levante pela independência.

O *Vice-Reino de Nova Granada* abrangia, na época colonial, os países que hoje conhecemos por Panamá, Equador e parte da Colômbia. Em 22 de maio, em Cartagena, reuniu-se a primeira Junta de Governo. A segunda, em Cali, no dia 3 de julho; a terceira, em Pamplona, no dia 4 de julho; a quarta, em Socorro, no dia 10 de julho; a quinta e derradeira, em Santafé (atual Bogotá), no dia 20 de julho, momento em que se inicia *O Ato de Independência*, com a seguinte informação: “... *en virtud de haberse juntado el*

⁶⁶⁵ A garantia de direitos individuais e a separação dos poderes compôs, inclusive, o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dogma do liberalismo, espinha dorsal da garantia dos direitos-liberdades, ao afirmar: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminé n’a point de constitution*”.

⁶⁶⁶ DONATI, s.d., pp. 153; ver ainda, RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 82.

⁶⁶⁷ A designação é antiga, ‘*Le terre conquistate da Gonzalo Jiménez de Quesada nel 1536 si chiamarono da allora Provincias del Nuevo Reino de Granada dalla Granada spagnola, terra di origine del fondatore di Santa Fe de Bogotá*’. DONATI, s.d., p. 150.

⁶⁶⁸ OSUNA PATIÑO, 2006, pp. 1-2.

⁶⁶⁹ RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 80.

⁶⁷⁰ Vale acrescentar que o controle concentrado de constitucionalidade venezuelano (o primeiro da história) foi importado posteriormente pelos colombianos. Ambos os países apresentam, ainda hoje, em suas instituições *jus-políticas*, grandes semelhanças.

Pueblo en la plaza pública y proclamado por su Diputado el señor Regidor don José Acevedo y Gómez, para que le propusiese los Vocales en quienes el mismo Pueblo iba a depositar el supremo Gobierno del Reino”⁶⁷¹.

Logo em seguida organiza-se uma Junta, sob a qual se deposita o Governo Supremo, que tomará para si o papel de governar o país, formando um regramento para as eleições nas Províncias, agora independentes e livres, unidas apenas pelo laço federativo, cuja representação reside na capital federal (Bogotá), que garantirá a segurança da recém independizada *Nueva Granada*. O povo, juntamente com a independência, dava-se a *soberania*, a “*federação*”, um improvisado órgão de governo, bem como se mostrava favorável à elaboração de um texto constitucional⁶⁷².

Não se pode negar, entretanto, que desde a colonização espanhola o modelo político, econômico e social idealizado pelos colonizadores foi sendo aclimatado naquele território⁶⁷³. Língua, costumes, tradição jurídica, etnias misturavam-se com a população autóctone; formando a atual população Colombiana⁶⁷⁴. A constituição de Cádiz e as instituições políticas espanholas influenciaram a Colômbia, tanto quanto o modelo federativo e presidencial norte-americano. Não podemos esquecer também que o modelo francês inspirou a Espanha, e por via reflexa, a Colômbia.

77. Constituições colombianas: de Villa del Rosario de Cúcuta à Bogotá

O número de constituições da Colômbia amplia-se consideravelmente se levarmos em conta “*las de carácter provincial que se expidieron en la época de la primera República (1810-1815)*”⁶⁷⁵ e as relativas a época federal (1855-1885). Se ao período provincial proclamaram-se ‘*códigos constitucionales de carácter local o*

⁶⁷¹ RESTREPO PIEDRAHITA, 2008, p. 81.

⁶⁷² Ibidem, p. 82.

⁶⁷³ OSUNA PATIÑO, 2006, pp. 1-2.

⁶⁷⁴ La popolazione, 41.662.073 (luglio) di abitanti, è costituita per oltre la metà di *pardos*, cui si aggiungono il 20% di bianchi, il 14% di mulatti, il 4% di neri insediati nelle terre calde e 1,1% di popolazioni indigene che sopravvivono in piccole comunità nella regione andina e nelle foreste delle regioni orientali. DONATI, s.d., p. 149.

⁶⁷⁵ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 4.

regional, em Cundinamarca⁶⁷⁶, Tunja, Cartagena y Popayán; no período dos estados federados as constituições foram tantas que ultrapassaram o número de sessenta, razão pela qual destacar-se-á as de âmbito nacional e as que repercutiram, *ceteris paribus*, no controle de constitucionalidade.

Os textos constitucionais foram intercalados por períodos ditatoriais entre setembro de 1828 e 1957. A ditadura do general *Simón Bolívar*, entre setembro de 1828 e dezembro de 1830; ditadura de efêmera duração, do General Melo, no ano 1854; ditadura do general Mosquera, de 1861 e 1863; ditadura do general Reyes de 1905 e 1909; ditadura de Mariano Ospina, e posteriormente do general Rojas Pinilla, entre 1949 e 1957⁶⁷⁷. A ditadura foi algo intrínseco à história dos povos Ibero-Americanos. Durante estes períodos, o controle de constitucionalidade, normalmente, apresenta-se de maneira formal, nos textos, nas intenções, na esperança, mas em realidade, o *modus vivendi*, demonstrava uma realidade avessa à aplicação da constituição e respeito às instituições democráticas.

De *Villa del Rosario de Cúcuta*, local que inaugurou a *Constituição da República de Colômbia*, por obra de *Simón Bolívar*, no dia 6 de outubro de 1821, até Bogotá, palco da atual Constituição Política Colombiana, sancionada por César Gaviria Trujillo, em 5 de julho de 1991, conheceu a Colômbia, em âmbito nacional, outros sete textos Constitucionais. Constituição da República da Colômbia, elaborada em Bogotá, em 5 de maio de 1830, sancionada por Domingo Caicedo. Constituição do Estado de Nova Granada, elaborada em Bogotá, em 1º de março de 1832, sancionada por José María Obando. Constituição Política da República de Nova Granada, elaborada em Bogotá, em 20 de abril de 1843, sancionada por Pedro Alcántara Herrán. Constituição Política da Nova Granada, elaborada em Bogotá, em 21 de maio de 1853, sancionada por José María Obando. Constituição Política para a Confederação Granadina, elaborada em Bogotá, em 22 de maio de 1858, sancionada por Mariano Ospina. Constituição dos Estados Unidos de Colômbia, elaborada em Rionegro, em 8 de maio de 1863, na qual houve a ratificação dos Estados Soberanos. E por fim, Constituição da

⁶⁷⁶ DONATI, s.d., pp. 153.

⁶⁷⁷ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 3.

República da Colômbia, elaborada em Bogotá, em 5 de agosto de 1886, sancionada por José María Campo Serrano⁶⁷⁸.

O período da Primeira República, como visto, marcado pelos fatos ocorridos em Bogotá, em 20 de julho de 1810, não só marcaram a independência em relação à metrópole, como também a construção formal de um Estado independente. O primeiro Congresso Constituinte reuniu-se em dezembro de 1810, mas acabou sendo dissolvido, em razão de não ter conseguido lograr acordo entre os partidos centralistas e federalistas. Paralelamente a este frustrado Congresso Constituinte se reunia outra corporação, em Bogotá, para elaborar a Constituição da província de Cundinamarca, em abril de 1811⁶⁷⁹. Esta constituição provincial chegou a mencionar algo acerca do controle de constitucionalidade, para garantir o exercício equilibrado do poder público⁶⁸⁰, esta constituição, porém, vigorou apenas no âmbito provincial local.

Meses depois, em novembro de 1811, outras províncias (Antioquia, Cartagena, Neiva, Pamplona y Tunja) proclamaram o *Ato de Federação das Províncias Unidas da Nova Granada*, constituindo-se no primeiro documento jurídico que agrupa territorialmente como Estado as diversas *comarcas neogranadinas*. Este documento postulava a criação de um Estado republicano federal, elencando as competências das províncias e da federação, bem como criava as forças armadas. O Ato de Federação das Províncias convocava, ainda, uma assembleia constituinte para elaboração da primeira constituição. Entretanto, o projeto emancipador naufragou em razão da reconquista espanhola⁶⁸¹.

O projeto de criação de um Estado só foi possível entre os anos 1819 e 1829, pois se integrou *Nova Granada* à *Capitania Geral da Venezuela*, união que recebeu o nome de *República da Colômbia*, ou mesmo, *Gran Colombia*, uma vez que esta era integrada, com as devidas proporções, pelos territórios da Venezuela, Equador, Panamá e Colômbia. O território unido foi dividido em Departamentos (denominados de Venezuela, Quito e Cundinamarca) pela Lei Fundamental aprovada em dezembro de

⁶⁷⁸ OSUNA PATIÑO, 2006, pp. 3-4.

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 5.

⁶⁸⁰ ALEMÁN PEÑARANDA, Iván. La jurisdicción constitucional y la acción de tutela como control de constitucionalidad. In **Justicia Juris**. Vol. 6, nº 11, abr-set, 2009, p. 45-64; especialmente p. 50.

⁶⁸¹ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 5.

1819. A Lei Fundamental instaurava também um governo de tipo presidencial. Em janeiro de 1821 convocou-se um Congresso Constituinte na Villa de Rosário, na fronteira de Nova Granada e Venezuela. Este congresso redigiu a primeira *Constituição nacional da República*⁶⁸². Nesta constituição não encontrava-se nenhum mecanismo de controle de constitucionalidade.

Com o passar do tempo, Venezuela é separada do Equador, motivo pelo qual *Nova Granada* ajusta seu Estado à geografia nascente. Carecendo de sentimentos nacionalistas sólidos o Congresso Constituinte reúne-se em Bogotá, em fins de 1831, para criar o Estado da *Nova Granada*. A constituição foi aprovada em fevereiro de 1832, mantendo os princípios fundamentais do Estado de Direito e o Sistema de Governo estabelecido na antiga Constituição de 1821. Proibiu, entretanto, a possibilidade de reeleição do Presidente, descentralizou mais competências às províncias, criou um Conselho de Estado, porém em nada contribuiu ao sistema do controle de constitucionalidade das leis⁶⁸³.

A Constituição de 1832 foi razoavelmente estável, sendo substituída somente em 1843, por uma Constituição centralizadora e limitadora das liberdades individuais. A autoridade presidencial foi ampliada. Nesta época, o debate político e econômico travado entre liberais e conservadores centrava-se basicamente em manter ou não manter a estrutura produtiva colonial. Os latifundiários, liderados pelo clero católico, queria manter o *status quo*, ao passo que os liberais liderados pelos comerciantes e pequenos produtores eram favoráveis ao livre comércio. Esta a origem do partido liberal e conservador que desde então disputavam o poder político do país. Em 1848 aprovou-se uma lei sobre a administração municipal, iniciando-se novamente um período de descentralização. Em 1850 aprovou-se uma *Lei de Redistribuição de Rendas e Gastos* entre a União e as Províncias, dando maior estabilidade e liberdade às Províncias. Todas estas reformas terminaram com a necessidade de elaboração de uma nova Constituição, a qual foi promulgada em 1853. A constituição de 1843, também não continha disposições regulamentadoras do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis⁶⁸⁴.

⁶⁸² OSUNA PATIÑO, 2006, p. 5.

⁶⁸³ Ibidem, p. 8.

⁶⁸⁴ Ibidem, pp. 8-9.

A Constituição de 1853 adotou uma República territorialmente descentralizada. Contando com 36 Províncias. Neste mesmo ano iniciou-se, entretanto, um processo inverso de reagrupamento das Províncias, objetivando-se entidades federativas de maiores dimensões e capacidades. Este impulso federal chegou ao Congresso, em 1855, que reformou a Constituição permitindo que novos estados-membros fossem criados. Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar e Magdalena tornaram-se estados-membros da federação. Esta Constituição, entretanto, nada regulamentou acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis⁶⁸⁵.

O mesmo não poder ser dito sobre a Constituição de 1858. Ela, além de alterar o nome do país para *Confederación Granadina*, introduziu um mecanismo de *controle de constitucionalidade e legalidade*, pois a *Corte Suprema Federal* poderia suspender os atos das legislaturas dos estados que contrariassem tanto a Constituição, quanto as leis federais. Esta “*declaração de suspensão*” do ato da legislatura era enviada ao Senado da Confederação, o qual decidia, definitivamente, sobre a juridicidade do ato. O caminho do *controle de constitucionalidade* pela via judicial foi aberto pela Constituição de 1858, sendo definitivamente regulamentado na Constituição de 1886, introduzindo-se o controle *cumulado-difuso* de constitucionalidade, mas vejamos, no tópico subsequente, em maiores detalhamentos⁶⁸⁶.

78. O controle *cumulado-difuso* de constitucionalidade na Constituição de 1886

A Constituição colombiana de 1886 foi a mais extensa de sua história. Vigeu por 105 anos, resistindo aos períodos de crise e manejando a ordem pública pela centralização do poder. Os 18 membros do novo corpo constituinte, denominado de Conselho Nacional de Delegatários, foram designados indiretamente pelo Executivo nacional para fazerem a nova Constituição⁶⁸⁷. Eram nove conservadores e nove

⁶⁸⁵ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 10-11.

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 12.

⁶⁸⁷ Ibidem, pp. 16-7.

independientes (muñistas) que aprovaram a Constituição de 1886. Os liberais radicais foram excluídos do governo e fortemente perseguidos⁶⁸⁸.

Sendo a Constituição mais longa da história colombiana ela passou por diversas reformas, pois o que expressamente concedido no texto de 1886, anos mais tarde era suprimido por reformas pontuais, ou mesmo por intensões políticas e econômicas do governo do dia. De fato, a regulamentação textual do controle de constitucionalidade acontece de maneira tardia, se compararmos este país com o resto da ibero-américa. Foi (a Constituição de 1886) a primeira a dar Competência à Corte Suprema de Justiça em matéria de Controle de Constitucionalidade⁶⁸⁹. Os artigos 88, 90 e 151, ord. 4º, da referida Constituição permitiam que os atos legislativos objetados pelo executivo fossem revisados pelo Poder Judiciário, em especial à Corte Suprema de Justiça, órgão que dava a palavra final sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei⁶⁹⁰.

Um ano depois, o artigo 5º da Lei 57 estabeleceu *in verbis*: “*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla*”⁶⁹¹. O dispositivo colacionado inaugura o controle *cumulado-difuso* de constitucionalidade das leis, pena que de duração efêmera, pois tão logo a Lei 153 de 1887, no artigo 6º, eliminava a possibilidade de que os juízes pudessem deixar de aplicar leis posteriores à Constituição de 1886 por considerarem elas inconstitucionais, em casos concretos, com efeitos *inter partes*, subtraindo-se, com menos de um ano de vigência, a possibilidade de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. A lei não apenas proibia a declaração de inconstitucionalidade, como também obrigava, *ceteris paribus*, aplicá-las, “*aun cuando parezca contraria a la Constitución*”⁶⁹².

Por esta razão a doutrina considerava que o princípio da Supremacia da Constituição foi abalado em suas estruturas, pois admitir que uma lei contrária a

⁶⁸⁸ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 18.

⁶⁸⁹ ALEMÁN PEÑARANDA refere de forma muito breve ter havido controle de constitucionalidade na Constituição de Cundinamarca, de 1811. O mecanismo era estabelecido como instrumento para garantir o exercício equilibrado do poder público. Claro que esta constituição era estabelecida no âmbito Provincial. ALEMÁN PEÑARANDA, 2009, p. 45-64; especialmente p. 50.

⁶⁹⁰ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La Jurisdicción Constitucional en Colombia. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, S.L., 1997.p. 473.

⁶⁹¹ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 11.

⁶⁹² Ibidem, p. 11.

Constituição fosse aplicada era colocar, por vezes, a lei acima da Constituição. Na verdade, a intenção dos legisladores era harmonizar o processo legislativo, visto que o executivo chancelava ou reprovava os projetos de lei do Congresso. Caso reprovasse, a matéria seria julgada pela Corte Suprema de Justiça. Ou seja, se a lei já tivesse sido aprovada a mesma não poderia ser considerada contrária à Constituição. Esta a intenção do legislador, ao inserir na Lei 153, que a lei contrária à Constituição deveria ser aplicada⁶⁹³.

O controle *cumulado-difuso* ficou valendo somente em relação às leis pré-constitucionais, o que em realidade consistia em um exercício interpretativo sobre o poder derogatório da Constituição em relação as leis precedentes. Tal peculiaridade só seria alterada com o Ato Legislativo nº 3 de 31 de outubro de 1910, momento em que o sistema Colombiano de justiça constitucional adquiriu consagração, cumulando a *acción popular de inconstitucionalidad* com o controle difuso de constitucionalidade das leis⁶⁹⁴.

79. Controle *concentrado-separado* de Constitucionalidade: O Ato Legislativo nº 3 de 1910

O *Acto Legislativo* nº 3, de 1910, foi elaborado por uma Assembleia Nacional Constituinte e legislativa diferente do Congresso Nacional, por destacados membros do Partido Conservador e do Partido Liberal. A união destes partidos ficou conhecida como *Unión Republicana*, pois objetivava restaurar a ordem constitucional durante o governo do general Rafael Reyes⁶⁹⁵. Esta reforma constitucional reduziu o período presidencial para quatro anos, proibiu a reeleição imediata do Presidente, estabeleceu a responsabilidade do Executivo, eliminou a pena de morte. Merece destaque, ainda, as

⁶⁹³ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 11-12.

⁶⁹⁴ Ibidem, pp. 11-12.

⁶⁹⁵ MORENO ORTIZ, Luis Javier. *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*. s.l., s.d. Disponível em http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20-%2019/sistema%20_control_constitucionalidad_colombia.pdf. Acesso em 09 jan. 2012.

mudanças estabelecidas no sistema eleitoral, e o que aqui mais nos interessa, o reestabelecimento da Supremacia da Constituição⁶⁹⁶.

Este princípio de Supremacia estava conhecido na Constituição, desde muito antes, na tradição jurídica colombiana e na tradição jurídica ibero-americana. Entretanto, com a reforma constitucional consagra-se o controle misto de constitucionalidade, pois o *Acto Legislativo nº 3*, de 31 de outubro de 1910⁶⁹⁷, reforma a Constituição Nacional de 1886, cumulando, no mesmo texto, o sistema concentrado-separado de controle de constitucionalidade, sem excluir a via difusa. Os artigos 40 e 41 estabeleceram a *acción popular de inconstitucionalidad de las leyes*⁶⁹⁸, nos seguintes termos:

Art. 40 “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*”.

Art. 41 “*A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren éstas y las leyes, tendrá las siguientes:*

*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación*⁶⁹⁹”

Se de um lado a *acción popular de inconstitucionalidad de las leyes* teve como marco inicial, como modelo típico, o antecedente do controle de constitucionalidade concentrado, desenvolvido na Constituição venezuelana de 1858, e na Constituição colombiana de 1910; de outro lado o Controle *difuso* de constitucionalidade das leis consagrou-se formalmente na Venezuela a partir de 1897, e na Colômbia, mesmo que

⁶⁹⁶ OSUNA PATIÑO, 2006, p. 18.

⁶⁹⁷ (...) *es la reforma constitucional de 1910 la que establece un completo sistema do control constitucional*. CIFUENTES MUÑOZ, 1997, p. 473.

⁶⁹⁸ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 12.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 12.

brevemente, em 1887; suspenso o controle difuso, retornaria ele ao cenário jurídico colombiano somente a partir de 1910⁷⁰⁰.

Todas estas reformas constitucionais pelas quais passou a Colômbia e Venezuela no século XIX e início do século XX não afetaram em nada o modelo venezuelano-colombiano de controle de constitucionalidade, que mistura as técnicas cumulada-difusa e separada-concentrada. A única modificação substancial efetuada na Colômbia, na segunda metade do século XX, foi atribuir o controle concentrado de Constitucionalidade, a partir de 1979, à Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, e a partir de 1991 à Corte Constitucional. Todas estas alterações em nada mitigaram o modelo misto de controle de constitucionalidade⁷⁰¹. A diferença entre o controle venezuelano e o colombiano é de caráter orgânico, enquanto na Colômbia o poder de rechaço fica a cargo da Corte Constitucional, na Venezuela tal função aloca-se na Corte Suprema de Justiça⁷⁰².

Importante referir que os venezuelanos e colombianos vangloriam-se da mistura e justaposição dos modelos no mesmo ordenamento jurídico. BREWER-CARÍAS refere que o modelo misto também pode ser chamado de integral, visto que cumula características do concentrado exclusivo europeu e americano difuso. Chega a dizer que este modelo forma um terceiro tipo⁷⁰³, um terceiro gênero frente aos dois modelos tradicionais europeu e norte-americano⁷⁰⁴.

80. O sistema misto de controle de constitucionalidade Colombiano

Como vimos, o ato legislativo nº 3, de 1910, que instituiu o controle *concentrado-separado* de constitucionalidade manteve, no ordenamento jurídico colombiano, o sistema *cumulado-difuso* de constitucionalidade. Em 1886 o controle

⁷⁰⁰ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 12.

⁷⁰¹ Ibidem, pp. 12-3.

⁷⁰² Ibidem, p. 13.

⁷⁰³ Ibidem, pp. 13 e ss.

⁷⁰⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R., **The amparo suit: judicial protection of human rights in Latin America**. A comparative constitutional law study of the suit for amparo. New York: Columbia Law School, volume II, 2006, p. 216. _____, 2011a.

difuso havia sido criado e a técnica concentrada não era imaginada. Entretanto, de 1910 para cá a Colômbia mantém os dois modelos de controle de constitucionalidade de forma cumulada. A doutrina tem classificado este terceiro tipo de controle como modelo misto, pois há a justaposição, ou cumulação das duas técnicas de controle. Vejamos com a doutrina vem trabalhando esta cumulação e suas formas.

Há, na doutrina, autores que sustentem que a mescla de controle concentrado exclusivo, com institutos como *habeas corpus*, *habeas data*, meios judiciais ordinários (*writs*, *référé*s, procedimentos de urgência) e amparo – cuja competência estende-se a todos os juízes e tribunais – geraria a cumulação das técnicas concentrada e difusa, sendo igualmente classificado como modelo misto⁷⁰⁵. Sustenta BREWER-CARÍAS, que a competência para conhecer e decidir as ações de amparo ou de *habeas corpus* corresponde, cada vez mais aos tribunais ordinários, sendo excepcional entregar o conhecimento de tais assuntos aos Tribunais Constitucionais⁷⁰⁶.

Na Europa, por exemplo, é excepcional o conhecimento exclusivo por Tribunais Constitucionais de ações que versem sobre *amparo*, ou *habeas corpus*. Alemanha, Áustria e Espanha (como exceção) entregam o conhecimento exclusivo de tais matérias aos *Tribunais Constitucionais*. Na França e na Itália, a competência foi entregue aos Tribunais Ordinários. Na *ibero-américa*, o conhecimento sobre a ação de *amparo* e o *habeas corpus* foi entregue, de modo muito excepcional, à Corte Suprema da Costa Rica. A normalidade, entretanto, dentre os países ibero-americanos é que o conhecimento destas matérias fique a cargo dos tribunais ordinários. Os países de tradição jurídica anglo-saxônica reservam estas matérias aos tribunais ordinários. Assim, na ibero-américa, com exceção da Costa Rica, todo e qualquer juiz ou tribunal, excetuando-se o Tribunal Constitucional, terá a competência exclusiva no julgamento desta matéria⁷⁰⁷.

Se juízes e tribunais ordinários respondem por esta competência, ao decidi-las, estariam, *ceteris paribus*, agindo como se tribunais constitucionais fossem. Claro que tal

⁷⁰⁵ BREWER-CARÍAS refere como exemplo: HOYOS, A. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. *Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, nº 75, UNAM. México 1992, p. 790.

⁷⁰⁶ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 16. Ver ainda, _____. *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*. Caracas, 1994, *passim*.

⁷⁰⁷ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 16.

competência limita-se à proteção de direitos constitucionais. O sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis, pelo contrário, é muito mais amplo, operando, não apenas na proteção das liberdades constitucionais, mas ainda em casos ordinários que não tenham por objeto uma questão constitucional, mas que na atuação concreta da realidade prática, a lei, contrastada com a constituição, não se coadune com os valores da mesma; tal leitura inconstitucional procede da interpretação do julgador. Assim, rechaçando a lei ao caso concreto por entendê-la inconstitucional estaria o juiz agindo como se Tribunal Constitucional fosse, claro que com efeitos *inter partes*, no caso concreto e por via de exceção⁷⁰⁸.

Entretanto, o sistema misto ou integral de controle de constitucionalidade, apesar de todas as críticas, vem sendo tratado na Colômbia, como um sistema avançado. Manuel Gaona Cruz, possui passagens em sua obra “*Aspectos del control constitucional en Colombia*” em que ele qualifica este controle como o mais avançado do ocidente, o mais completo. E quando da proposta defendida em Colômbia, pela adoção de um sistema concentrado, seguindo a linha do sistema panamenho, e acompanhando a evolução europeia de controle de constitucionalidade, referido autor inclinava-se no sentido de não deixar a Colômbia influenciar-se por manias estrangeiras, ou por interesses ocasionais e passageiros, fator comum às sociedades modernas⁷⁰⁹, mas por clareza e precisão deixemos o próprio Manuel Gaona Cruz⁷¹⁰ falar:

*El sistema de control constitucional más eficiente, completo, experimentado, avanzado y depurado de Occidente y por lo tanto del orbe, pues aglutina la organización, los mecanismos y la operancia de todos los existentes*⁷¹¹.

Francamente, entonces, no nos dejemos influir por manías doctrinarias extranjerizantes, que como no nos conocen, nos interpretan mal; ni menos por intereses ocasionales y pasajeros, siempre constantes y siempre distintos, de estirpe política o de efêmero lucimiento personalista. Conozcamos y

⁷⁰⁸ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 16; Ver ainda: GAONA CRUZ, Manuel. **El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia**. Bogotá; Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pp. 48 e ss.

⁷⁰⁹ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 13-4.

⁷¹⁰ CÉSAR ORTIZ, Julio. **El sistema de control constitucional en Colombia**. s.l., s.d. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/71/art/art4.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2011.

⁷¹¹ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 17.

*defendamos lo que tenemos y no sustituyamos por prurito imitativo lo que ya hemos perfeccionado y logrado con mayor experiencia y solidez llevar a un grado superior de avance y completud, como aporte al mundo de nuestro gênio jurídico nacional*⁷¹².

O sistema misto é visto como um sistema completo, como um sistema avançado. Comparando-se, como de costume, o sistema colombiano com o venezuelano, veremos mais semelhanças do que imaginamos nesta matéria. Poder-se-ia dizer acerca do controle de constitucionalidade venezuelano-colombiano, parafraseando RESTREPO-PIEDRAHITA, ser ele um sistema de ‘*vasos comunicantes*⁷¹³’. A competência anulatória das leis inconstitucionais na Colômbia compete à Corte Constitucional, integrada no Poder Judiciário, e na Venezuela, como antes sucedia na Colômbia, à Corte Suprema de Justiça, situada no topo do Poder Judiciário⁷¹⁴. Como visto, as diferenças são essencialmente de caráter orgânico, e o que funcionava em um, acabava inspirando o outro. Assim, pode-se falar em um *sistema misto venezuelano-colombiano*.

Quais as razões para interpretarmos este sistema como o ‘*más eficiente, completo, experimentado, avanzado y depurado de Occidente y por lo tanto del orbe*’. A visão do constitucionalista é otimista demais, em nosso entendimento. O fato de ter elementos dos dois controles (norte-americano e europeu) não significa *per si* que seja um modelo evoluído. Este terceiro modelo, que a doutrina vem chamando de misto, apresenta sérias dificuldades de aplicação prática. A principal crítica a estes modelos é que não conseguem garantir a segurança jurídica, quando cumulam o poder de rechaço das leis inconstitucionais, nas mãos dos juízes ordinários e dos juízes constitucionais, sem a técnica do *stare decisis*. A insegurança jurídica nasce quando parte do judiciário aceita a norma no ordenamento jurídico, mas outra parte não aceita. A teoria dos fins e funções do Estado, como explorado na parte primeira, ajuda-nos a compreender melhor as razões pelas quais a função de controle não pode ser cumulada com a função de aplicação.

⁷¹² BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 14.

⁷¹³ RESTREPO-PIEDRAHITA, 2008, p. 12.

⁷¹⁴ BREWER-CARÍAS, 1995, p. 14.

81. Reforma constitucional de 1945

Após termos analisado a história constitucional colombiana desde a sua declaração de independência, passando pelas constituições da Colômbia desde Villa del Rosario de Cúcuta, bem como termos analisado o nascimento do controle cumulado difuso na constituição de 1886 e do controle concentrado separado pelo Ato Legislativo nº 3, de 1910, vamos centrar nossa pesquisa nesta reforma constitucional que atribuiu ao Conselho de Estado a competência para conhecer as demandas de nulidade contra os decretos do governo que não tivessem força de lei⁷¹⁵.

O Conselho de Estado colombiano foi criado como um corpo estritamente consultivo em assuntos da administração. A Constituição de 1886, no artigo 141, ordinal 3, colocava como atribuições deste conselho: “decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso administrativas si la ley estableciera esta jurisdicción”. O Conselho de Estado passou a atuar como tribunal supremo do contencioso administrativo, porém de forma condicionada, pois a lei devia regulamentar esta jurisdição. A lei 27 de 1904 deu algumas funções ao Conselho, porém ele foi suprimido em 1905. Veio a ser reestabelecido somente em 1914, e sua competência limitava-se à revisão dos atos do governo ou dos ministérios⁷¹⁶.

Em 1941, o artigo 62 do Código Contencioso Administrativo, Ley 167, regulamentou a competência do *Conselho de Estado* e dos *Tribunais Administrativos* para conhecerem das demandas contra decretos, resoluções e outros atos do governo nos casos de violação da constituição ou da lei. A Corte Suprema de Justiça declarou não executável o artigo 62 do Código Administrativo, mediante a sentença número 7 de julho de 1942, bem como estabeleceu a competência do Conselho de Estado para conhecer somente a inconstitucionalidade dos decretos ditados pelo governo⁷¹⁷.

Ou seja, até a reforma constitucional de 1945, a competência para o recurso era da Corte Suprema de Justiça, para conhecer acusações formuladas contra decretos do governo fundadas em sua inconstitucionalidade. O conselho de estado, em sua própria

⁷¹⁵ CIFUENTES MUÑOZ, 1997, p. 473.

⁷¹⁶ ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La Actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano. **Vniversitas. Bogotá** (Colômbia), nº 111, ene-jun 2006, pp. 65-94, especialmente pp. 67-68.

⁷¹⁷ Ibidem, p. 68.

jurisprudência⁷¹⁸, reconhece seu poder de guarda da constituição, e sua competência para julgar a constitucionalidade dos atos administrativos contrários ao texto constitucional. A reforma constitucional dispôs também acerca da divisão do Conselho em salas e seções, cujas funções seriam determinadas pelo legislador, juntamente com o Conselho, definindo, por exemplo, o número de conselheiros que comporia cada sala e seção. O artigo 137 e 21 do Código Judiciário determinavam que os membros de cada sala seriam nomeados pelo governo nacional. Outra conquista do Conselho foi poder editar seu próprio regulamento⁷¹⁹.

Cabe mencionar que o Conselho de Estado adquire sua competência mesmo diante da forte oposição engendrada pela Corte Suprema de Justiça. Esta sempre renunciava autorização para que o Conselho atuasse no contencioso administrativo. Em 1945, de maneira definitiva, esta reforma foi feita, e como consequência lógica acabou restringindo a competência que a Corte Suprema de Justiça possuía no controle de constitucionalidade. Atualmente o Conselho de Estado está regulamentado no artigo 236⁷²⁰ da atual Constituição Política Colombiana de 1991, integrado com órgão de natureza judiciária⁷²¹, mesmo que mantenha certas funções administrativas, visto que, nos termos do artigo 237: “Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Assim, o Conselho de Estado conhece, em segunda instância, das sentenças ditadas pelos Tribunais Administrativos. Estes, por sua vez, conhecem, em primeira instância, a nulidade dos atos administrativos proferidos pelos organismos

⁷¹⁸ (...) Al Consejo de Estado y a los jueces en general, inaplicando las leyes. Ordenanzas o acuerdos municipales que sean incompatibles con la Constitución como una prolongación del control constitucional expresado, existe dentro de la legislación colombiana la capacidad legal del organismo llamado contencioso administrativo de anular actos del gobierno que violan la Constitución y la ley. En definitiva a la rama jurisdiccional está encomendado el elevadísimo fin de velar y hacer cumplir el control constitucional y legal de salvaguardar así las instituciones del gobierno republicano, representativo y democrático. Consejo de Estado, salvamento de voto del consejero ANTONIO JOSÉ PRIETO, S. de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de marzo de 1955, Anales de Consejo de Estado, LXI del 382 al 386, pág. 243, *apud*. ESCOBAR MARTÍNEZ, 2006, pp. 65-94, especialmente p. 69.

⁷¹⁹ ESCOBAR MARTÍNEZ, 2006, pp. 65-94, especialmente pp. 69 e ss.

⁷²⁰ ARTICULO 236. El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em 10 jan. de 2011.

⁷²¹ ESCOBAR MARTÍNEZ, 2006, pp. 65-94, especialmente pp. 71-2.

administrativos departamental, distrital e municipal. Ou seja, as ordens ditadas pelas assembleias departamentais e os acordos expedidos pelos conselhos municipais são objeto de controle de legalidade, mas também de controle de constitucionalidade, através da ação de nulidade⁷²².

Em 1968, introduziu-se outra reforma constitucional importante na Colômbia. Esta não tratava especificamente do Conselho de Estado, mas sim da Corte Suprema de Justiça. Criou-se uma Sala especializada para tratar de assuntos constitucionais dentro da Corte Suprema de Justiça. A Sala encarregava-se de julgar, bem como tornar público a inconstitucionalidade das leis que fossem adotadas pelo pleno da corporação. Esta reforma, complementarmente, criou uma espécie de controle “automático” a cargo da Corte Suprema de Justiça sobre todos os decretos “*que expidiera el Presidente de la República al amparo de los estados de excepción, los que debían remitirse a aquélla inmediatamente después de dictados*”⁷²³.

82. O controle de constitucionalidade em concreto e a defesa dos direitos constitucionais

A ação de tutela, regulada no artigo 86 da Constituição Política Colombiana de 1991 constitui-se no meio mais efetivo de proteção dos direitos fundamentais. O procedimento desta ação é sumário e vem reconhecido no Decreto nº 2591, de 1991, decreto que regulamenta a *acción de tutela*. O objeto da ação é a proteção imediata dos direitos fundamentais, tanto por ação, quanto por omissão das autoridades ou dos particulares, aos direitos da parte lesada⁷²⁴.

A Corte Constitucional estendeu esta *acción de tutela* a direitos que não estão compreendidos na *Constitución Política Colombiana*, mas que por sua natureza, diante da situação concreta, possuem uma correlação próxima a um direito fundamental. Com isto a Corte Constitucional quis dizer que ao não proteger indiretamente este direito

⁷²² CIFUENTES MUÑOZ, 1997.p. 490.

⁷²³ Ibidem, p. 473.

⁷²⁴ Ibidem, p. 482.

estaria o judiciário, por outra via, violando um direito fundamental da parte, é o que ficou assentado na Sentença 406/92 da Corte Constitucional colombiana⁷²⁵.

A ação de tutela pode opor-se contra qualquer funcionário público que, no exercício de sua função, viole ou ameace a violar os direitos fundamentais da parte. Esta ação é, no fundo, um meio jurisdicional pelo qual a parte se protege contra eventual uso arbitrário do poder público que possa, de uma forma ou de outra, afetar seus direitos fundamentais. Pode-se ingressar também com a ação de tutela contra atos do Congresso, desde que estes não tenham natureza normativa. Chegou-se a cogitar a tutela contra sentenças judiciais, mas a Corte Constitucional afastou tal possibilidade ao argumento da necessidade da coisa julgada e da segurança jurídica às relações sociais (Sentença C-543/92). Esta sentença da Corte, de outro lado, aceitava ação de tutela somente em casos teratológicos, ou seja, a sentença necessitava ser manifestamente arbitrária e violadora das liberdades fundamentais⁷²⁶.

O artigo 86 da Constituição Política de 1991 estabelece os casos em que a ação de tutela pode ser oposta contra particulares, encarregados, é claro, da prestação de serviços públicos. Ou mesmo quando a conduta desta pessoa venha a afetar, direta ou indiretamente, um interesse coletivo. Ou ainda nos casos em que o solicitante encontre-se subordinado ao praticante do ato. A norma que regulamente a ação de tutela (Decreto 2591 de 1991, art. 42) elenca, com a devida minúcia, as hipóteses de tutela contra particulares⁷²⁷.

⁷²⁵ CIFUENTES MUÑOZ, 1997.p. 482.

⁷²⁶ Ibidem, p. 483.

⁷²⁷ ARTICULO 42. PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación; 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud; 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos; 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización; 5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución; 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución; 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma; 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. Disponible em

A *ação de tutela* só será procedente se não houver outro meio judicial de proteção do direito tutelado, ou seja, é uma ação de caráter subsidiário. Não que a ação de tutela seja excluída pelo simples fato de existir outra ação judicial, mas sim que este meio alternativo seja idôneo e eficaz na proteção do direito, neste caso, não seria possível ação de tutela. E mais, a ação de tutela pode ser interposta pela parte afetada, sem a necessidade de representação legal por advogado constituído. Admite-se interpor oralmente a *ação de tutela*, caso o demandante não saiba escrever. A lei contempla ainda hipóteses provisórias e acautelatórias das quais pode se valer o juiz antes de prolatar a sentença, objetivando proteger o direito fundamental ameaçado. A ação pode ser interposta perante qualquer juiz ou tribunal que tenha jurisdição no local onde ocorreu a violação do direito fundamental, sendo que a lei estabelece prazo máximo de 10 dias entre a solicitação e a resolução final⁷²⁸.

Uma segunda ação judicial para a defesa *in concreto* de direitos constitucionais vem a ser o *habeas corpus*, remédio constitucional destinado a proteger a liberdade, segundo o artigo 30 da Constituição Política da Colômbia: Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas⁷²⁹. O processamento do *habeas corpus* segue o regramento dado pela legislação processual penal⁷³⁰.

Uma terceira ação judicial para a defesa *in concreto* de direitos constitucionais vem a ser as ações populares e ações de classe. A Constituição no capítulo 3º, do Título 2º regula os direitos coletivos e o meio ambiente. O artigo 88⁷³¹ determina que as ações populares objetivam proteger os direitos e intereses coletivos “(...) relacionados con el

<http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto_2591_1991.html>. Acesso em 10 jan. 2012.

⁷²⁸ CIFUENTES MUÑOZ, 1997, pp. 485-486. Para maiores esclarecimentos sobre o procedimento da ação de amparo ver o Decreto supracitado, bem como o próprio CIFUENTES MUÑOZ.

⁷²⁹ Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em 10 jan. 2011.

⁷³⁰ CIFUENTES MUÑOZ, 1997, pp. 487-488.

⁷³¹ ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas. Não obstante a ação judicial e a de defesa sejam conhecidas pela jurisdição ordinária, sua inclusão no sistema de controle de constitucionalidade justifica-se, em concreto, com o objetivo de preservar e defender direitos e interesses que a própria constituição proibia em seu texto⁷³².

83. O controle de constitucionalidade por via de exceção: o controle cumulativo difuso na constituição de 1991

A técnica *cumulada-difusa* permite a descentralização do controle de constitucionalidade das leis a todos os juízes do ordenamento jurídico. A Supremacia da Constituição e a teoria do ordenamento jurídico norte-americano expressaram o dever de o juiz contrastar a norma infraconstitucional com a constituição. Em caso de conflito esta deve prevalecer sobre aquela. Dois casos decididos pela Suprema Corte foram emblemáticos nesta matéria. O primeiro no Estado da *Pennsylvania*⁷³³, o segundo no Estado de *Washington*⁷³⁴.

⁷³² CIFUENTES MUÑOZ, 1997.p. 488.

⁷³³ If the Legislature had passed an act declaring, that, in future, there should be no trial by Jury, would it have been obligatory? No: It would have been void for want of jurisdiction, or constitutional extent of power. The right of trial by Jury is a fundamental law, made sacred by the Constitution, and cannot be legislated away. ... if a legislative act oppugns a constitutional principle, the former must give way, and be rejected on the score of repugnance. I hold it to be a position equally clear and found, that, in such case, it will be the duty of the Court to adhere to the Constitution, and to declare the act null and void. The Constitution is the basis of legislative authority; it lies at the foundation of all law, and is a rule and commission by which both Legislators and Judges are to proceed. It is an important principle, which, in the discussion of questions of the present kind, ought never to be lost sight of, that the Judiciary in this country is not a subordinate, but co-ordinate, branch of the government. Ver U.S. Supreme Court in: *Vanhome's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. 304 (1795). <<http://supreme.justia/2/304/case.html>>. Acesso em: 20 jul. 2011. Ver ainda: BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 19.

⁷³⁴ The authority given to the Supreme Court by the act establishing the judicial system of the United States to issue writs of mandamus to public officers appears not to be warranted by the Constitution. It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each.

If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Ver U.S. Supreme Court in: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>>. Acesso em 20 jul. 2011. Ver ainda: BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 20.

A Colômbia – tanto quanto os demais países da ibero-américa analisados – valeu-se da experiência norte americana e adotou o controle difuso na Constituição Política Colombiana de 1991. Aliás, antes dela, o controle difuso já havia sido inserido no país pela Reforma Constitucional engendrada pelo *Acto Legislativo nº 3*, de 31 de outubro de 1910. O artigo 4º da CP atual estabelece a Supremacia da Constituição, instaurando o controle difuso de constitucionalidade, nos seguintes termos: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”⁷³⁵. O artigo 4º é complementado pelo artigo 6º da CP de 1991 pois “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”⁷³⁶.

Os artigos transcritos dão o fundamento à exceção de inconstitucionalidade. Em um processo qualquer, por solicitação da parte o juiz deixa de aplicar uma norma por entendê-la contrária à Constituição. De fato, na Colômbia o juiz pode agir de ofício, sem a necessidade de provocação das partes, e afastar a norma quando entender que a mesma contraria a constituição⁷³⁷. Este modelo de controle de constitucionalidade, quando deixa que qualquer juiz ou tribunal controle a constitucionalidade das leis acaba concedendo poderes de controlar os valores da constituição. O problema da fusão do nível dos fins últimos com o nível dos fins próximos é remediado pelo fato de a decisão prolatada produzir efeitos inter partes, pois oriunda de um caso concreto.

A exceção de inconstitucionalidade, como vimos, deve igualmente ser declarada por parte das autoridades administrativas competentes. Quando da atuação concreta do executivo existir uma norma inferior que lhe sirva de fundamento e esta norma esteja contraditando a constituição, a autoridade administrativa deve igualmente declarar a inconstitucionalidade da mesma. Tal permissivo extrai-se da amplitude do artigo 4º da Constituição. Entretanto, para BREWER-CARÍAS, isto poderia conduzir à anarquia

⁷³⁵ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 18.

⁷³⁶ CIFUENTES MUÑOZ, 1997.p. 489.

⁷³⁷ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 18-19.

jurídica. De fato, quando um ato estatal viola a constituição ele é nulo, e, portanto, só deve ser examinado pelos juízes e somente os juízes podem considerá-lo nulo⁷³⁸.

Dar este poder aos funcionários da administração é temerário e inconveniente, o que a nosso entender afetaria ainda mais a segurança jurídica, pois cada funcionário poderia deixar de aplicar uma política de governo, uma função de Estado, interpretando os valores da constituição. A doutrina Colombiana é dividida neste ponto. Há os que são favoráveis e os que são contrários⁷³⁹. Fala-se até em ativismo judicial por parte do Conselho de Estado, pois este se imiscui em matérias do poder judiciário⁷⁴⁰. A cumulação das funções de controle e aplicação das leis recebe mais um elemento, qual seja, o controle pode ser feito por órgão da administração. Os valores da constituição passam a ser interpretados por três órgãos distintos (Tribunal Constitucional, juízes e tribunais ordinários e administração).

O controle de constitucionalidade cumulado-difuso e o valor normativo da constituição é reforçado pelo artigo 91 da Constituição Política Colombiana de 1991, cujo texto refere que “*En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.*”⁷⁴¹ Adiciona que os militares em serviço ficam excluídos desta normatização, pois a responsabilidade recairá sobre o superior que deu a ordem. Esta é a normatização constitucional existente em colômbia acerca da possibilidade de opor o juiz (administrador) uma *excepción de inconstitucionalidad*⁷⁴².

Antes de analisarmos o controle concentrado-separado de constitucionalidade, e a função de controle e de aplicação das leis no sistema colombiano, vamos aprofundar o tema da modulação dos efeitos nas decisões constitucionais na Corte Constitucional colombiana. A peculiaridade deste sistema merece um ponto específico para este tópico, o qual passamos a analisar.

⁷³⁸ BREWER-CARÍAS, 1995a, pp. 35-36.

⁷³⁹ BREWER-CARÍAS, por exemplo, elenca diversos autores contrários à tese do controle de constitucionalidade por órgãos da administração. BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 36.

⁷⁴⁰ Por todos, ver: ESCOBAR MARTÍNEZ, 2006, pp. 65-94.

⁷⁴¹ Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/co191.html>>. Acesso em 11 jan. 2012.

⁷⁴² CIFUENTES MUÑOZ, 1997.p. 489.

84. A modulação dos efeitos nas decisões constitucionais da Colômbia

A Corte Constitucional Colombiana, a semelhança de outros países (Brasil, França, Bélgica, Alemanha, Espanha, Itália, Áustria, Croácia, Eslovênia, Grécia, Polônia, Romênia⁷⁴³) adota mecanismos de modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade. As sentenças da corte, tanto em razão do conteúdo da decisão, (interpretativas, integradoras ou substitutivas) quanto do ponto de vista temporal (nas chamadas inconstitucionalidade retroativas – *ex tunc*; imediatas – *ex nunc*; e diferidas – *pro futuro*) modula os efeitos de suas decisões, característica chancelada pela sentença C-109 de 1995⁷⁴⁴.

Doutrinariamente é grande a discussão acerca dos efeitos da declaração do controle de constitucionalidade. A doutrina gira em torno de três fases bem delimitadas. (1) Aquela filiada à doutrina clássica de Marshall; no Brasil interpretada e internalizada por Rui Barbosa⁷⁴⁵, com efeitos *ex tunc*, onde a ato constitucional sequer existiu, é nulo e írrito (*null and void*) tendo a declaração de inconstitucionalidade efeito constitutivo-negativo, desfazendo a inconstitucionalidade *ab initio*; (2) aquela filiada a teoria KELSENIANA⁷⁴⁶ em que o ato inconstitucional é anulável, pois gerou efeitos práticos no mundo jurídico, sendo inadmissível afirmar que ela sequer existiu, sendo tal decisão, portanto, declaratória, produzindo efeitos após o trânsito em julgado da decisão. Por

⁷⁴³ Áustria, Croácia, Eslovênia, Grécia, Polônia, Romênia adotam, por regra, em suas decisões, os efeitos *ex nunc*, enquanto que Alemanha, Bélgica, Espanha e Portugal os efeitos *ex tunc*. OLANO GARCIA. Hernán Alejandro. **Tipología de nuestras sentencias constitucionales**. s.l., s.d. Disponível em <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf>. Acesso em 04 ago. 2011, pp. 571-602.

⁷⁴⁴ MARTINEZ CABALLETO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. **Revista de Estudios Socio-Jurídicos**. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, marzo, año/vol. 2, n. 001, pp. 9-32. Ver ainda: OLANO GARCIA, s.d., pp. 571-602. A modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade foram debatidos em quase todos os países nos momentos seguintes ao desenvolvimento da jurisdição constitucional. Destaca-se, tanto na doutrina Ibero Americana, quanto entre os Europeus a análise de Thierry DI MANNO, pois os franceses debatem que as sentenças interpretativas do Conselho Constitucional geram efeitos catastróficos tanto para o Conselho que legisla, quanto para os juízes constitucionais que invadem a esfera legislativa. Tal doutrinador ressalta que o desgosto pela modulação provém, em grande parte, do desconhecimento das técnicas e razões que amparam tal mecanismo. DI MANNO, Thierry. **Le juge constitutionnel et la technique des decisiones “interpretatives” en France et en Italie**. Paris: Economica, 1997, pp. 12 e ss.

⁷⁴⁵ BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 1ª. ed. Campinas: Russell Editores, 2003, *passim*.

⁷⁴⁶ KELSEN, 2003, último ponto do capítulo V, intitulado “*Dinâmica Jurídica*”, letra k, nulidade e anulabilidade, pp. 306 e ss.

fim, cada vez mais cresce a tendência de se acrescentar nas decisões dos órgãos de cúpula do poder judiciário, uma função de modulação dos efeitos, tanto para trás, quanto para frente.

Na Colômbia, sustentou necessidade prática de modulação dos efeitos das sentenças, o próprio Presidente da Corte Constitucional. Para ele, tal necessidade é acima de tudo racional, pois (1º) admitamos que uma norma legal tenha a sua constitucionalidade contestada e que a norma admita interpretações racionais, das quais algumas sejam constitucionais, porém, outras não. A questão não solucionar-se-ia, no presente caso, a) nem pela anulação da norma contestada, b) muito menos pela decretação da constitucionalidade. 2º) Se a Corte Constitucional a) mantivesse a norma no ordenamento jurídico, sem aclarar sua interpretação, incorreria no erro de manter normas cuja interpretação violaria a Supremacia e a integridade da Constituição. Se, de outro lado, a Corte Constitucional b) retirasse a norma do ordenamento jurídico estaria, *ceteris paribus*, apartando do ordenamento certas interpretações da lei conforme a Constituição, também incorrendo em equívoco. A solução aparece pelas sentenças *interpretativas*, ou como preferido na Colômbia: sentenças *condicionadas*⁷⁴⁷.

A modulação dos efeitos na Colômbia é possível não somente quanto ao conteúdo da decisão, como demonstrado, mas também em relação ao efeito temporal da declaração de inconstitucionalidade. No primeiro caso, ao invés de o Ministro retirar do ordenamento jurídico a norma acusada de inconstitucionalidade, ou mantê-la sem modificação (declaração de constitucionalidade), acaba por emitir decisão que altera parcialmente o conteúdo da norma, que na terminologia Italiana é chamada de sentenças aditivas, e na terminologia Colombiana de sentenças integradoras. No segundo caso, por mais que prevaleça – como regra geral – que a declaração de inconstitucionalidade não modifica situações consolidadas durante a vigência da norma declarada inconstitucional, surtindo efeitos a decisão a partir do trânsito em julgado, tem-se admitido à Corte, em casos excepcionais o direito de retroagir os efeitos da sentença, para salvaguardar direitos legítimos de pessoas de boa-fé e que foram diligentes no cumprimento de suas

⁷⁴⁷ MARTINEZ CABALLETO, s.d., pp. 9-32. O presidente da Corte Colombiana, no mesmo artigo supracitado, analisa dois casos de sentenças condicionadas da Corte, uma referente aos artigos 8º e 16 da lei 38 de 1989, pela sentença C-545/92 (sobre rendas e recursos incorporados); outra referente ao art. 430 e 450 del *Código Sustantivo del Trabajo*, que estabelece proibição de greve nos serviços públicos, regra que contradiz a Constituição Política (art. 56), que garante o direito de greve, pela sentença C-473/94.

obrigações, bem como, também em casos excepcionais, concedeu efeitos diferidos⁷⁴⁸ (*pro futuro*) na declaração de inconstitucionalidade, imaginando que inconstitucionalidade maior seria gerada com a situação complexa de se retirar de imediato a norma do ordenamento jurídico, mantendo-se, assim, temporariamente uma norma inconstitucional até que o legislador corrija a inconstitucionalidade apontada⁷⁴⁹.

Na modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade deve ser levado em conta a peculiaridade do sistema da *Common Law* com constituição escrita, em que as decisões são dadas *in concreto* e não *in abstracto*. A inconstitucionalidade, por regra, dar-se-á no caso concreto, e com efeitos *inter partes*, e com efeitos retroativos via de regra. No controle de constitucionalidade por via concentrada tal mecanismo tem o efeito de fulminar a norma, a lei como um todo. As sentenças interpretativas, neste caso, fixam o sentido constitucional de uma lei com a finalidade de evitar a sua inconstitucionalidade. Os próprios americanos, entretanto, não se furtaram a tal técnica como ficou atestado na clássica sentença do caso *Linkletter v. Walter*, em 1965, ao afirmar em tal decisão que a Constituição não proíbe, nem exige efeitos retroativos à decisão, podendo a própria corte conferir efeitos prospectivos à sua decisão⁷⁵⁰.

85. Controle *concentrado-separado* na Constituição Política Colombiana de 1991

O controle concentrado-separado, já sabemos, é encarregado ao órgão de cúpula do poder judiciário. À Corte Suprema de Justiça no caso da Venezuela e à Corte Constitucional no caso da Colômbia. A Corte Constitucional Colombiana integra o Poder Judiciário (art. 228 e ss.) e em que pese ela seja similar, em alguns aspectos, aos tribunais constitucionais europeus, não foi estendida a ela a mesma condição que possuem os Tribunais Constitucionais europeus, qual seja, a de formar um poder independente, autônomo, com funções e características próprias e distintas do Poder Judiciário. O Peru remanesce, como exceção, um dos poucos países ibero-americanos

⁷⁴⁸ Foi o caso da sentença C-700 de 1999. OLANO GARCIA, s.d., pp. 571-602.

⁷⁴⁹ MARTINEZ CABALLETO, s.d., pp. 9-32.

⁷⁵⁰ U.S. Supreme Court in: *Linkletter v. Walter*, 381 U.S. (1965). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/381/618/case.html>>. Acesso em 03 ago. 2011. Segundo o *decisum*: The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate.

que cumula os controles (difuso-concentrado), mas reconhece um Tribunal Constitucional de maneira apartada do Poder Judiciário⁷⁵¹.

O tratamento do controle concentrado-separado em Corte Constitucional será trabalhado em x tópicos. Primeiramente trataremos do controle concentrado preventivo de constitucionalidade. Depois, do controle concentrado automático e posterior referente aos decretos ditados pelo governo, com fundamento no Estado de Exceção. Encerraremos colacionando as funções taxativas expressas à Corte Constitucional no artigo 241, que por sua precisão e clareza mantemos no original.

O controle concentrado preventivo divide-se em três partes: (a) revisão prévia dos projetos de lei estatutária aprovadas pelo Congresso; (b) revisão prévia dos tratados internacionais e das leis que aprovem estes tratados; e (c) decisão definitiva sobre as objeções presidenciais, aos projetos de lei, sustentadas por motivo de inconstitucionalidade. Vejamos cada uma delas.

Em razão das matérias, as leis estatutárias formam um tipo especial de lei. São distintas das leis ordinárias, pois exigem requisitos prévios para a sua formação (maioria absoluta e dentro de uma única legislatura⁷⁵²), bem como possuem certas especificidades em razão de sua matéria (direitos e deveres fundamentais das pessoas e os procedimentos e recursos para sua proteção; administração da justiça; organização e regime dos partidos e movimentos políticos, o estatuto da oposição e as funções eleitorais; instituição e mecanismos de participação cidadã; estado de exceção). A revisão dessas leis são levadas à Corte antes que o Presidente às sancione. Caso o projeto seja declarado constitucional, será enviado ao Presidente da República. Se for considerado inconstitucional retorna à casa iniciadora para que refaça a disposição inconstitucional, momento em que a Corte dará sua decisão definitiva⁷⁵³ (Decreto 2067 de 1991, art. 41)⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ BREWER-CARÍAS, 1995a, p. 49.

⁷⁵² A qual compreende dois períodos. O primeiro (20 de julho à 16 de dezembro); o segundo (16 de março à 16 de dezembro). CP. Art. 153

⁷⁵³ CIFUENTES MUÑOZ, 1997. pp. 477-8.

⁷⁵⁴

Diponível em http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto_2067_1991.html. Acesso em 11 jan. 2012.

A segunda hipótese refere-se à revisão de tratados internacionais. Sabe-se em direito que todo tratado realizado na esfera internacional precisa ser apreciado na esfera nacional. O controle preventivo de constitucionalidade de qualquer tratado é conferido à Corte Constitucional dentro de seis dias da sanção da lei que aprova este tratado. Aqui contempla-se a participação dos cidadãos para defender ou impugnar a validade constitucional do tratado internacional, bem como da lei o aprova⁷⁵⁵. O controle preventivo de constitucionalidade permite garantir o princípio da Supremacia da Constituição⁷⁵⁶.

A terceira hipótese de controle preventivo refere-se à decisão definitiva sobre as objeções presidenciais, aos projetos de lei, sustentadas por motivos de inconstitucionalidade. O projeto de lei objetado pelo executivo deve retornar às câmaras para um novo debate acerca da matéria vetada. Se as objeções fundarem-se em motivos de inconstitucionalidade, a matéria será remetida à Corte Constitucional, para que esta, em seis dias, decida sobre sua constitucionalidade. A sanção ou veto, no fundo, dependerá da decisão definitiva de constitucionalidade da Corte Constitucional. Se, entretanto, a inconstitucionalidade é parcial, remete-se novamente ao Congresso para que refaça e corrija a inconstitucionalidade das disposições apontadas como contrárias à Constituição. Claro que novamente a matéria retornará à Corte para sentença definitiva⁷⁵⁷.

A doutrina chama de controle automático e posterior o poder que Corte Constitucional tem de decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos decretos que o governo ditar em razão de Estado de Exceção⁷⁵⁸. Estes decretos legislativos têm força de lei, e no dia seguinte de sua expedição, o governo deverá remetê-los à Corte Constitucional, caso não o faça, pode a Corte tomar para si de ofício esta função e conhecer a constitucionalidade do mesmo (CP. Art. 214-216). Novamente aqui cabe a participação dos cidadãos, tanto como defensores, quanto impugnadores do decreto legislativo.

⁷⁵⁵ Ver mesmo decreto supracitado (Dec. 2067) artigo 44.

⁷⁵⁶ CIFUENTES MUÑOZ, 1997. pp. 478-9.

⁷⁵⁷ Ibidem, pp. 478-9.

⁷⁵⁸ Os três casos de estado de exceção são os seguintes: guerra externa, comoção interna e emergência.

Na verdade o cidadão tem ao seu dispor a *ação de inconstitucionalidade*, meio de controle abstrato e concentrado, de natureza pública e participativa. Por esta razão que nesta ação o cidadão tem o direito de participar na conformação, exercício e controle do poder político. O cidadão pode ele mesmo propor ações públicas em defesa da constituição e da leis, nos termos do artigo 40 e seguintes da Constituição Política Colombiana de 1991. A ação de inconstitucionalidade busca ser um meio de efetivação da democracia, pois desliga-se de qualquer processo específico em curso, bem como da eventual aplicação da lei a um caso concreto. É um verdadeiro processo autônomo, independente, de caráter abstrato, público e essencialmente participativo⁷⁵⁹.

Por fim, a cabe mencionar que a Corte Constitucional é o órgão da Jurisdição Constitucional que recebe a função de guardar a integridade e supremacia da Constituição, tudo de acordo com capítulo 4º, do título 8º, artigo 241 da Constituição Política Colombiana de 1991. Este artigo resume as competências que cabe à Corte Constitucional, que por sua clareza e precisão, colacionamos abaixo, no original:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que

⁷⁵⁹ CIFUENTES MUÑOZ, 1997. p. 475.

dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento. PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

86. Função de controle e de aplicação das leis no direito colombiano

Como visto o sistema Colombiano e Venezuelano além de possuírem uma história comum, adotam o mesmo modelo misto de controle de constitucionalidade, que ao lado do controle concentrado, por via de ação direta, com efeitos erga omnes, acresce-se o controle difuso, por via de exceção, com efeitos *inter partes*. Se nossa tese estiver correta, os modelos mistos contrariam a racionalidade do bom funcionamento das instituições. A teoria dos fins e funções do Estado separam a função de controle da função de aplicação da constituição.

A *Colômbia* e a *Venezuela* possuem a peculiaridade de terem sido os primeiros países do mundo a adotarem controle concentrado-separado de constitucionalidade, antecipando-se inclusive ao modelo concentrado kelseniano, que idealizou, doutrinariamente, a concentração da função de controle no Tribunal Constitucional

austríaco, como verdadeiro legislador negativo. A Venezuela internalizou referido controle, em 1858, já a Colômbia, pela reforma constitucional de 1910. Cumuladamente com este controle a técnica difusa-cumulada opera normalmente, e os juízes e tribunais de ambos os países podem deixar de aplicar uma lei por entende-la contrária à Constituição.

Outra característica a ser destacada no direito colombiano, também presente na Venezuela, refere-se à jurisdição do contencioso-administrativo. Na Colômbia, esta jurisdição é exercida em paralelo com os poderes da Corte Constitucional para julgar a constitucionalidade das leis e demais atos de valor similar. Portanto, cabe destacar que, além do controle difuso de constitucionalidade, operado por todos os juízes e tribunais, a Corte Constitucional Colombiana comparte com o Conselho de Estado a função de controle de constitucionalidade, primeiro pela interpretação extensiva que se dá ao artigo 4º da CP de 1991, segundo por disposição expressa do artigo 237, ordinal 2º, que expressamente refere como competência do Conselho de Estado “*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*”⁷⁶⁰.

Há, como vimos, posicionamentos contrários à possibilidade de controle de constitucionalidade por órgão administrativo, mas de fato tal possibilidade agrava, ainda mais a fusão dos fins últimos e dos fins próximos do Estado. Toda vez que um Tribunal Administrativo, no caso colombiano, o Conselho de Estado (órgão que desempenha a função de tribunal supremo do contencioso administrativo) deixa de executar no campo administrativa uma determinação de governo, ao argumento que estaria ferindo a Constituição, estaria, ele mesmo sendo intérprete dos valores da Constituição. Assim, a função de controle dos valores dos fins últimos é exercida não somente pelo Tribunal Constitucional e pelos juízes e tribunais ordinários, mas agora, pelo tribunal supremo do contencioso administrativo.

⁷⁶⁰ Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em 11 jan. 2011.

CONCLUSÃO

87. Ponto de partida: fins e funções do Estado

O Estado existe para servir a pessoa e não a pessoa para servir o Estado. Cada ser humano se auto realiza a partir de suas experiências individuais e sociais. As dimensões ética, científica, religiosa, econômica e artística do humano são harmonizadas pela política, objetivando criar um espaço de bem agir e de bem viver. Ocorre que o as relações sociais não são perfeitas, as leis são incompletas, o Estado é lacunoso. O direito exerce esta missão de ajustamento, através de mecanismos próprios, que atuam na vida das pessoas. A constituição é o campo supremo onde se alocam os valores sociais de uma comunidade. A preservação destes valores dependem de um complexo mecanismo controle de constitucionalidade das leis.

A *Teoria Geral do Estado* é o campo privilegiado pelo qual enxergamos esta teoria da *jurisdição constitucional*. A função de controle dos valores supremos do ordenamento jurídico e da aplicação das leis no plano concreto deve ser separada em níveis autônomos. A razão desta separação só pode ser entendida pela teoria dos fins e funções do Estado. Controlar a lei não é a mesma coisa que aplicar a lei. O papel do juiz e dos tribunais ordinários não pode ser o mesmo do Tribunal Constitucional. Todo Estado busca uma finalidade, almeja valores, preserva bens jurídicos supremos. Estes valores e bens jurídicos devem pertencer ao nível dos fins últimos, protegidos pela constituição, portanto mais perenes do que estativos.

Na base a função e o fim há de ser diferente. A prioridade não é preservar os valores imutáveis e perenes da Constituição, mas solucionar problemas concretos e diários, tendo por base leis escritas, deliberadas pelo Congresso. As partes desejam justiça, legalidade, administração dos bens, colmatação de laculas, resolução de conflitos. As respostas precisam atender aos anseios sociais, de acordo com as opções legais e políticas do Congresso. A finalidade do Estado neste plano é atender as demandas sociais, buscando a felicidade, através da justiça, preservando os bens sociais,

com previsibilidade e certeza. Vale-se inclusive da força bruta para fazer cumprir a coercibilidade da lei, quando a espontaneidade não for o caminho escolhido.

88. Fins e funções na doutrina clássica

A teoria dos fins e funções do Estado apresentada nesta tese iniciou com o pensamento de JELLINEK, pois *a partir dele pode-se dizer que o problema das funções do Estado ganhou autonomia e relevo científico*. CAETANO aperfeiçoou os caminhos abertos pelo professor de Heidelberg. KELSEN desencadeou o processo lógico entre os níveis de fins do Estado. LOEWENSTEIN avançou na teoria ao definir a *função de execution, determination e control*. SOUZA JUNIOR delimitou a matéria em três níveis de fins e atribuiu seis funções ao Estado.

A contribuição de **JELLINEK** aos fins e funções do Estado foi inestimável. Dividiu os *fins e funções* do Estado em *níveis e campos*. Nível *normativo e abstrato*, acima; nível *aplicativo e concreto*, abaixo. *Campo jurídico* delimitador do direito positivo (*atividade regrada*); *campo sociocultural* delimitador do poder do Estado (*atividade livre*). Uma releitura de JELLINEK poderia intuir um *terceiro nível vertical* de atuação do Estado. Existiria um nível acima das ideologias, um poder supremo de direção do governo, o órgão mais alto do Estado. Certamente pensava nas democracias parlamentares e na figura da Chefia do Estado.

A contribuição de **CAETANO** aos fins e funções do Estado foi inestimável. Reforçou a tese de JELLINEK ao distinguir com maior clareza o *campo jurídico* do *campo não-jurídico*. Admite, porém, que haja *imbricações*, ou *interpenetrações* entre estes *campos*. O (1) **campo jurídico** é o espaço no qual o estado cria normas jurídicas, leis e regras gerais e abstratas. Enfim, ao *campo normativo* há um (a) *nível normativo* que corresponde uma (a¹) *função legislativa*; e um (b) *nível concreto* que corresponde uma (b¹) *função executiva*. O (2) **campo não-jurídico** é a atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política. Enfim, ao *campo não-jurídico* há um (a) *nível normativo* que corresponde uma (a¹) *função política*; e um (b) *nível concreto* que corresponde uma (b¹) *função técnica*.

A contribuição de **KELSEN** aos fins e funções do Estado foi inestimável. Sua originalidade foi ter enxergado níveis e graus hierárquicos no ordenamento jurídico. Seu pensamento, mais lógico do que teleológico, idealizou um processo de criação e de execução de normas jurídicas em três níveis hierárquicos: partindo do (1) *grau superior* ou *fundamental*; passando pelo (2) *grau primário* ou *legislativo*; chegando ao (3) *grau secundário*, via processo *judicial* ou *administrativo*. Falava da relação de dependência e de subordinação entre as normas do ordenamento jurídico. Todas as normas do ordenamento jurídico, exceto a primeira e a última, são normas de criação e de execução, ao mesmo tempo. A norma primeira aloca-se no topo da pirâmide; a última, na base. Esta só executa, enquanto aquela só cria.

A contribuição de **LOEWENSTEIN** aos fins e funções do Estado foi inestimável. A doutrina sempre fez uma leitura *horizontal* dos poderes políticos de LOEWENSTEIN, tal prática procede, em grande parte, da teoria da separação dos poderes de MONTESQUIEU, que de certa forma criou “mitos” nesta matéria. Sempre que se fala em *poderes* e *funções*, cita-se o clássico livro “*O Espírito das Leis*”, invocando-se a autoridade do famoso Livro XI, Capítulo VI, mais citado do que lido. A partir daí a discussão horizontaliza-se de tal maneira, que qualquer leitura *vertical dos poderes* cai no *ostracismo*, para não dizer na *ridicularidade*. Nossa proposta é uma leitura vertical das funções e dos poderes políticos do Estado na obra do autor. Esta leitura enxerga a *determinação no nível intermediário*, a *execução no nível concreto*, e o controle no nível fundamental e último do Estado. A política determinada é aplicada em concreto e controlada a luz dos valores da constituição.

A contribuição de **SOUZA JUNIOR** aos fins e funções do Estado foi inestimável. Compendiu as ideias dos clássicos e aprimorou os campos e os níveis do Estado. Nos *fins últimos*, levando-se em conta o campo *jurídico* e *político*, alocam-se os poderes da *Chefia de Estado* (função moderadora da política) e do *Tribunal Constitucional* (função controladora do direito). Nos *fins intermediários*, levando-se em conta o campo *jurídico* e *político*, alocam-se os poderes da *Chefia de Governo* (função governativa da política) e do *Parlamento* (função legislativa do direito). Nos *fins próximos*, levando-se em conta o campo *jurídico* e *político*, alocam-se os poderes da

administração (função administrativa da política) e dos *juízes* (função jurisdicional do direito).

89. A função de execução-aplicação da lei

O Estado Democrático de Direito pressupõe que as normas jurídicas de um dado ordenamento jurídico sejam aplicadas e controladas. Não há democracia sem reconhecimento da separação dos poderes. O judiciário como poder independente cumpre papel importante na sociedade, pois executa, no plano concreto, as normatizações deliberadas pelo parlamento. A maior dificuldade, entretanto, do aplicador é preencher as lacunas e as imperfeições da legislação.

A técnica originada da teoria dos fins e funções do Estado sinaliza uma resposta ao problema. A função de aplicação da lei não pode ser cumulada com a função de controle. Os juízes e tribunais ordinários aplicam leis aos fatos. Verificam, *in concreto*, se as opções dos legisladores estão em conformidade às práticas diárias das pessoas. E como a lei não é perfeita nos seus *fins* e *intenções*, o juiz perfaz, ajusta, corrige as eventuais distorções legislativas ao executá-la. Se o *Tribunal Constitucional* trabalha com *princípios* e *valores*, o *juiz ordinário* trabalha com *regras* mais objetivas e concretas à vida das pessoas. O *controle* é posterior, enquanto que a *execução* é anterior.

Como a lei por sua natureza é *geral, impessoal e abstrata* a função *executiva* do juiz *individualiza* a *generalidade* da lei, *personifica* o que era *impessoal* e *concretiza* o que era *abstrato*. Se, entretanto, neste processo de subsunção, de aplicação da lei aos fatos, sentir o juiz que estaria violando a Constituição, deveria prezar pela interpretação conforme, mantendo a lei no ordenamento jurídico. Se, de outro lado, a inconstitucionalidade é evidente, não deveria o juiz ordinário sub-rogar-se nos deveres atinentes ao juiz constitucional. Claro que para o aplicador das leis é mais fácil centrar-se nos *princípios* e aplicar, *per saltum*, diretamente a constituição, do que colmatar lacunas e ajustar as contendas sociais que lhes são submetidas. Esta a “*nova interpretação constitucional*”, que está sendo proposta no cenário jurídico brasileiro.

90. A função de controlar a lei aplicada

A Constituição abriga os *princípios* e os *valores* mais importantes do ordenamento jurídico. Verdadeiro corpo de regras que definem a *Organização Fundamental do Estado*. Mas estes valores precisam ser protegidos e preservados. Assim, toda vez que o Congresso Nacional aprova uma legislação que, de uma forma ou de outra, contraria os valores da constituição, o juiz constitucional deve ser instado a se manifestar, concentrando a função de controle de constitucionalidade das leis.

A *função de controle de constitucionalidade* exercida pelo *Tribunal Constitucional* pauta-se, no campo dos *fins últimos* do Estado, nos *valores* e nos *princípios* que ela mesma erige como primordiais. Enquanto que os *juízes ordinários* atuam por regras, vinculados às normatizações deliberadas pelos *fins intermediários*; os *fins últimos* controlam se estas regras aplicadas concretamente estão de acordo com os valores da Constituição. Enquanto o juiz ordinário trabalha por *equidade* e dispõe de uma ampla *margem de apreciação*, o juiz constitucional atua por *princípio*, e, em regra, não enxerga o direito da parte, mas o Direito como um todo.

Os valores alocados na constituição não são, entretanto, *imutáveis*. Aspiram uma convivência *harmônica, prudente e coesa*. ZAGREBELSKY falava em desenvolvimento conjunto dos *princípios*, que nada mais eram que *soluciones acumulativas, combinatorias, compensatórias*. O *Tribunal Constitucional* exercerá esta harmonização, conservando e avançando na interpretação do Direito. Poderá rever suas vetustas posições, sinalizando, sua condescendência ou contrariedade à lei passada pelo parlamento. Caso decida pela inconstitucionalidade da norma, o parlamento entenderá que os valores constitucionais destoam da sua opção política, ao passo que se o Tribunal Constitucional cancelar a opção legislativa indicará a concordância entre os valores da Constituição e as leis do parlamento. Este diálogo entre os níveis de *funções* do Estado é constante e necessário. *Aplicador e controlador*, cada um a sua maneira, no exercício específico de sua *função*, auxiliam a desvendar o sentido e o alcance das normas.

91. A função de controle cumulada com a função de aplicação

Problema maior à teoria do Estado e ao Direito Constitucional é quando os fins e funções imiscuem-se na prática. Quando o Tribunal Constitucional aplica leis a casos concretos e quando os juízes e tribunais ordinários controlam a constitucionalidade das leis. A cada nível de poder do Estado, como visto, reserva-se uma função. Controlar a constitucionalidade das leis releva trabalhar com princípios, valores, normas gerais e abstratas, alocadas no topo do ordenamento. Na aplicação das leis a partir dos casos concretos o juiz trabalha essencialmente com regras, ditadas pelo legislador para solucionar os casos. Quando a lei não for clara pode-se valer o juiz da equidade, da justiça, das técnicas de interpretação, buscando solucionar a questão.

O problema no Brasil, em geral, e em alguns países da ibero-américa, em especial, é que a técnica do controle de constitucionalidade permite que qualquer juiz ou tribunal, a partir de um caso concreto, interprete os valores da constituição, declarando a inconstitucionalidade da lei ao caso concreto. Claro que os efeitos desta decisão são *inter partes*, e dependem de um processo concreto, sem vincular os demais juízes no julgamento de casos semelhantes. Estas decisões irão formando um corpo de precedentes, que futuramente podem indicar a linha de evolução da jurisprudência acerca daquela matéria.

A cumulação da função de controle e aplicação das leis, em países romano-germânico, sem a adoção de mecanismos de vinculação dos juízes às decisões anteriores, prolatadas em casos semelhantes, tal qual acontece no sistema do *stare decisis* norte-americano, torna totalmente insegura e desordenada a função de aplicação da lei. Não haverá segurança jurídica, muito menos estabilidade nas relações jurídicas, uma vez as sentenças prolatadas não necessitarão seguir o rol de precedentes que já decidiram sobre aquela matéria. A expressão usual seria “cada cabeça, uma sentença”. A parte, de outro lado, não teria como prever o resultado de seu processo, pois a interpretação da norma, dependendo da sentença e do rol de princípios e valores que ela se fundamenta, pode ser constitucional em certos casos, mas inconstitucional em outros.

A lei parece vir depois dos fatos, pois os valores abertos e abstratos admitem conformações diversas.

92. Modelo de estrutura monista e dualista

A teoria dos fins e funções do Estado que estamos trabalhando ajusta-se mais à nomenclatura desenvolvida por FERRERES COMELLA. Para ele os modelos clássicos, difuso norte-americano e concentrado europeu, ajustar-se-iam mais a outra nomenclatura, que levaria em questão a relação entre as jurisdições e suas funções. Assim, resta saber se a função de controle é cumulada com a jurisdição ordinária, ou separada da jurisdição ordinária. Se a função é cumulada a jurisdição é monista, se é separada a jurisdição é dualista.

O 'modelo centralizado' de justiça constitucional, está baseado em estrutura dualista, uma vez que divide o poder judiciário em duas partes: (1) "*Tribunais ordinários*", por um lado; e (2) "*Tribunal Constitucional*", por outro. Os primeiros exercem "*função judicial*", ou seja, aplicam a legislação do parlamento aos casos concretos. É um exame das leis com os fatos. O segundo exerce "*função constitucional*", ou seja, o controle de constitucionalidade das leis. É um exame das leis com a constituição. Em sentido contrário, temos o "modelo descentralizado" (dito difuso norte-americano), baseado em estrutura monista, pois existe uma única judicatura que exerce as duas funções – ordinária e constitucional – ao mesmo tempo. Assim, no modelo americano, não somente a Suprema Corte pode deixar de aplicar uma lei ao caso concreto, mas todos os juízes e tribunais.

Nossa tese é contrária ao modelo de estrutura monista, pois a mesma fusiona os fins últimos de controle dos valores da Constituição, com os fins próximos de aplicação das leis. Ou seja, todos os juízes e tribunais ordinários podem deixar de aplicar uma lei por entendê-la contrária à Constituição. Esta função monista é descentralizada, pulverizada, por todo o poder judiciário, da cúpula à base. A questão é remediada, já afirmamos, em países que contam com mecanismos como o *stare decisis*, vinculando os

juízes às decisões anteriores similares que compõem o rol de precedentes que integram a *common law*.

93. O impasse ibero-americano: controle cumulado e separado

A ibero-américa, em sua história, é influenciada pelo direito francês, pelo direito espanhol, bem como pelo direito norte-americano. A constituição de Cádiz de 1812 vigeu como constituição da América Espanhola e, na sua curta duração, deixou nas Américas a marca do controle político de constitucionalidade, que, aliás, originava-se do direito francês. Os códigos, civil e comercial, da ibero-américa inegavelmente abeberaram-se nas fontes civilistas e comercialistas francesas. De outro lado, o modelo mais desenvolvido, a nação mais próspera, a ideia bem sucedida de revolução, de democracia, de federalismo era proveniente da América do Norte. Este, em síntese, o cenário *juspolítico* que se apresentava aos países libertos da coroa espanhola.

Inicialmente, como regra, vigorava na constituição dos países independentes, um controle político de constitucionalidade das leis. Feito pelo próprio parlamento, este controle, mesclava tal função com o poder executivo. Com o passar dos tempos, insere-se o controle jurisdicional descentralizado de constitucionalidade, inspirado no célebre modelo idealizado por MARSHALL, no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, modelo pelo qual todos os juízes podem confrontar a lei com a constituição, devendo prevalecer esta sobre àquela. A partir do século XX – a Venezuela remanesce como única exceção – estes países cumularam com o controle difuso-descentralizada, a técnica europeia concentrada-separada em que a função de controle é entregue abstratamente a um Tribunal Constitucional. O impasse ibero-americano vem a ser como conciliar estas realidades institucionais contraditórias em suas raízes.

Claro que nem todos os países cumularam a função de controle com a de aplicação das leis. Mas podemos dizer, ao final da obra, e das leituras realizadas, que os países ibero-americanos caminham no sentido da cumulação das funções de controle, i. é., juntamente com o reconhecimento do controle concentrado separado em Corte Constitucional, cumula-se a via difusa-descentralizada de qualquer juiz ou tribunal rechaçar uma lei, quando entendê-la inconstitucional. Esta cumulação ocorre de maneira

mais acentuada em alguns países (Venezuela e Colômbia), ao passo que de maneira menos acentuada em outros (México e Peru). Fala-se em modelos mistos, justapostos, paralelos, confusos. A nomenclatura utilizada pouco nos importa, pois queremos saber, em verdade, se a jurisdição constitucional é cumulada ou separada.

94. Controle concentrado-separado na Venezuela e na Colômbia

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade tem suas origens na doutrina de Hans KELSEN. Boa parte da doutrina aponta que o modelo concentrado nasce com em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia, bem como com a Alta Corte Constitucional da Áustria, na Constituição de 1º de outubro de 1920. Vale ponderar, entretanto, que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade foi aplicado na Constituição dos Estados Unidos da Venezuela, quase um século antes. E na Colômbia, pouco depois da Venezuela, através de um ato legislativo de nº 3, que reformava a Constituição Colombiana de 1886.

A Constituição venezuelana de 1858, artigo 113, ordinal 8º, inova a técnica do controle de constitucionalidade das leis. Até aquele momento nenhum país conhecia expressamente, em texto constitucional, uma ação judicial direta, por via específica, para declarar a nulidade de normas contrárias à Constituição. Esta é uma inegável contribuição dos Venezuelanos ao Direito Constitucional e à Teoria Geral do Estado. A inconstitucionalidade prevista poderia atacar a lei *em abstrato*, sem a existência do tradicional *leading case* oriundo do *judicial review* norte-americano. Pode-se dizer, portanto, que a Constituição venezuelana de 1858 antecipou-se, nada menos que 70 anos às Constituições europeias no reconhecimento do controle concentrado de constitucionalidade. Basta ver que somente a Corte Suprema venezuelana possui o poder de declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição. Isto é, sem dúvida, algo que os venezuelanos podem se orgulhar: terem se antecipado ao ilustre Hans KELSEN.

A Colômbia, tanto quanto a Venezuela, adota o controle concentrado de constitucionalidade antes mesmo dos europeus. Em 31 de outubro de 1910, o *Acto*

Legislativo n° 3, reforma a Constituição Nacional de 1886, cumulando, no mesmo texto, a via concentrada *de acción popular de inconstitucionalidad de las leyes* (arts. 40 e 41), com a via difusa. Competindo à Corte Suprema de Justiça a guarda da integridade da constituição, bem como decidir definitivamente sobre a exequibilidade dos atos legislativos que tenham sido objetados como inconstitucionais pelo Governo, ou sobre todas as leis ou decretos acusados perante ela, por qualquer cidadão, como inconstitucionais.

95. Controle de Constitucionalidade por Tribunais Administrativos

Uma discussão recorrente na doutrina ibero-americana vem a ser a possibilidade de controle de constitucionalidade por Tribunais Administrativos ou por Órgãos Administrativos Colegiados. No Peru não se admitia este controle, mas diante da ineficácia do *controle difuso-cumulado* de constitucionalidade a via administrativa vem ganhando força. O Tribunal Constitucional Peruano havia se manifestado, em 2003, negativamente à possibilidade de controle de constitucionalidade pela administração. Em 2005, parte da doutrina, pautada em voto do *Tribunal Constitucional* passa a admitir o controle de constitucionalidade pelos *Tribunais* e *Órgãos Colegiados da Administración*. Posições mais moderadas são levantadas nesta matéria, e inclusive a Associação Peruana de Direito Administrativo manifesta-se contrariamente ao controle de constitucionalidade pelos Tribunais e Órgãos Colegiados da Administração.

Na Colômbia, em 1941, o artigo 62 do Código Contencioso Administrativo, *Ley 167*, regulamentou a competência do *Consejo de Estado* e dos *Tribunais Administrativos* para conhecerem das demandas contra decretos, resoluções e outros atos do governo nos casos de violação da constituição ou da lei. A Corte Suprema de Justiça declarou não executável o artigo 62 do Código Administrativo, mediante a sentença número 7 de julho de 1942, bem como estabeleceu a competência do Conselho de Estado para conhecer somente a inconstitucionalidade dos decretos ditados pelo governo. Atualmente o Conselho de Estado está regulamentado no artigo 236 da atual Constituição Política Colombiana de 1991. O artigo 237, por sua vez, menciona, dentre as competências do Conselho de Estado, a de Conhecer as ações de nulidade contra

decretos ditados pelo Governo Nacional, quando estes forem inconstitucionais. Ou seja, na Colômbia, as ordens ditadas pelas assembleias departamentais, e os acordos expedidos pelos conselhos municipais serão suscetíveis de controle de constitucionalidade, pelos Tribunais Administrativos, através da ação de nulidade.

Dar este poder aos funcionários da administração é temerário e inconveniente, o que a nosso entender afetaria ainda mais a *segurança jurídica*, pois cada funcionário poderia deixar de aplicar uma política de governo, uma função de Estado, quando entendesse que o ato administrativo pautava-se em lei manifestamente inconstitucional. Fala-se até em ativismo judicial por parte do Conselho de Estado, pois este se imiscui em matérias do poder judiciário. A cumulação das funções de controle e aplicação das leis recebe mais um complicador, qual seja, o controle pode ser feito por *órgão da administração*. Os valores da constituição passam a ser interpretados por três órgãos com funções que deveria ser distintas (Tribunal Constitucional, juízes e tribunais ordinários e administração).

96. Ativismo judicial proveniente da cumulação das funções de controle e aplicação

A teoria dos fins e funções do Estado, aplicada à jurisdição constitucional, revela outro problema: a do ativismo judicial. Quando se permite ao juiz ordinário declarar a inconstitucionalidade das leis, à luz dos valores da constituição, abre-se maior discricionariedade para os juízes colmatarem as lacunas da lei utilizando-se da novel principiologia da Constituição. Como os princípios da constituição são abertos e amplos, bem como admitem ampla margem de conformação, os juízes passam a interpretar e a resolver suas contendas judiciais tendo como base, mais os princípios da Constituição; menos as regras do direito ordinário.

Como a constituição ingressa em campos, que não apenas o do direito constitucional, manifestando-se claramente sobre matérias de direito ordinário, a complexidade aumenta, tanto pela ordinarização do Direito Constitucional, quanto pela constitucionalização do Direito Ordinário. O eixo da discussão desloca-se do Direito Ordinário para o Direito Constitucional. O juiz para resolver as contendas cíveis,

administrativas, trabalhistas deve voltar-se à Constituição. Por esta porta ingressa o ativismo judicial, pois se cada juiz tem o poder de declarar – *incidenter tantum* – a inconstitucionalidade da lei, o Direito sai do campo da *objetividade*; entre no campo da *subjetividade*. O direito passa a ser o que o juiz diz que é, e não o que foi deliberado e decidido pelo legislador. O juiz deixa de aplicar a lei, para defini-la, e inclusive *ex post facto*. Na verdade a segurança jurídica fica afetada, pois as partes irão saber as regras do jogo, no momento da sentença.

A hipótese da lei, bastante em si mesma, não contempla o direito da parte. Entretanto, pela interpretação inconstitucional da norma o direito é estendido ou restringido pelo juiz às partes. Ou seja, para uns a norma é constitucional e válida, enquanto que para outros, pois a decisão mudou de comarca, será inconstitucional e inválida. A mesma lei passa a admitir duas ou mais interpretações, para casos semelhantes. Por vezes, o juiz conforma a lei a uma hipótese não imaginada pelo legislador. A lei categoricamente definia, por exemplo, sete hipóteses para liberação de um benefício, o juiz, interpretando os valores da constituição cria uma oitava, nova e décima hipótese, ao fundamento de que os princípios constitucionais alargam a taxatividade da norma.

O ativismo judicial ocorre quando o juiz, a partir de um caso concreto, utilizando-se de princípios da Constituição, deixa de aplicar uma norma, por motivos políticos, ideológicos, enfim, de caráter pessoal. A postura ativista fere a separação dos poderes, pois a lei presumivelmente constitucional, que passou pelas Casas Legislativas, superou o veto do executivo, é afastada por uma interpretação do aplicador da lei. O juiz deve privilegiar a interpretação conforme, tentar colmatar a lacuna da lei, pela equidade, pelos princípios gerais do direito, buscando a justiça. Os países romano-germânicos que não carregam em sua tradição jurídica mecanismos de vinculação dos juízes aos casos semelhantes já decididos (*stare decisis*) ampliam a possibilidade de ativismo judicial, pois o aplicador do direito não se vincula sequer aos casos anteriores. A ibero-américa sinaliza na configuração de um controle de constitucionalidade por Tribunais Administrativos. O ativismo dos juízes, ao que tudo indica, será compartilhado com os órgãos da administração. O poder legislativo é que fica cada vez mais desprivilegiado.

97. Rumos do Controle de Constitucionalidade na ibero-américa

A ibero-américa adota basicamente três modelos de controle de constitucionalidade das leis. Há aqueles países que seguiram o exemplo norte-americano. Os que seguiram a linha traçada pelo controle concentrado-separado europeu, optando pela adoção de Tribunais Constitucionais e os países que adotaram uma forma intermediária entre o modelo americano e o europeu, denominados na doutrina ibero-americana de modelos mistos, outros fazem referência à justaposição dos modelos, ou ainda dizem que atuam em paralelo.

Há certamente a predominância dos modelos mistos na ibero-américa. A análise doutrinária aponta que Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador e Brasil cumulam, no mesmo sistema jurídico, as técnicas, *difusa-cumulada* com a *concentrada-separada*. Há nestes países elementos do controle de constitucionalidade europeu e norte-americano, atuando de maneira conjunta, intercalada, misturada, justaposta, conjugada. Claro que o aprofundamento da pesquisa em qualquer destes países dará maior preponderância a um ou outro controle. De qualquer modo, eles existem e são aplicados de forma conjunta. Destes nove países somente México, República Dominicana e Brasil não criaram uma Corte Constitucional ou um Tribunal Constitucional.

Oito países filiam-se ao modelo concentrado de constitucionalidade, são eles: Bolívia (Tribunal Constitucional foi criado), Costa Rica, Chile (Tribunal Constitucional foi criado), El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai, Uruguai. Vale recordar que embora estes países não adotem a técnica de controle cumulada-difusa, eles foram influenciados na sua história, cedo ou tarde, pela *judicial review* norte-americana. Apenas a Argentina remanesce integralmente filiada ao controle difuso-descentralizado de constitucionalidade, em que todos os juízes e tribunais podem deixar de aplicar uma lei por entendê-la contrária à Constituição. A Argentina segue fiel em sua história ao modelo dos Estados Unidos, tanto que sua Constituição (1853) remanesce, juntamente com a norte-americana (1787), uma das mais antigas da humanidade.

O rumo do controle de constitucionalidade ibero-americano segue a tendência de mesclar as técnicas de controle abstrato e concreto. Ao lado do controle difuso-cumulado de matriz norte-americana, somam-se técnicas abstratas e diretas de se controlar a lei com a Constituição de matriz europeia. Como o controle difuso-cumulado apareceu antes do concentrado-separado em Tribunal Constitucional, a tendência é que se ampliem as técnicas de controle concentrado, mantendo-se as antigas práticas difusas. A confusão dos modelos acaba por alocar a função de controle em todo o poder judiciário, da cúpula à base, sendo que se estuda a possibilidade de estender-se esta técnica de controle aos Tribunais e Órgãos da administração. Reitere-se: é só pela teoria dos fins e funções do Estado que compreenderemos as razões pelas quais a função de controle não pode ser cumulada com a função de aplicação. Da boa articulação das funções do Estado depende o Direito Público, em geral; o Direito Privado, em especial.

BIBLIOGRAFIA

- ABBRINO, Federico. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation. **GERMAN LAW JOURNAL**, Vol. 9, n. 10 (2010), p. 1297-1312.
- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. In: *Harvard Law Review*, vol. 113, January 2000.
- ALEMÁN PEÑARANDA, Iván. La jurisdicción constitucional y la acción de tutela como control de constitucionalidad. In **Justicia Juris**. Vol. 6, nº 11, abr-set, 2009, p. 45-64.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Moya y Plaza, 1880.
- ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Derecho Constitucional y control de constitucionalidad en Latinoamérica**. Fortaleza: Casa de José de Alencar/Programa Editorial, 2000.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª. ed. Brasília: UnB, 2001. Tradução de Mario da Gama Kury.
_____. **Política**. São Paulo: Martins Claret, 2003.
- ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, out./dez. 2008, p. 9-30.
_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AYALA CORAO, Carlos M. La Jurisdicción Constitucional en Venezuela. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.) **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, S.L., 1997.
- AZUELA GÜITRÓN, Mariano. **La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional**. s.l., s.d, p. 39. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr4.pdf>> . Acesso em 03 jan. de 2012.
- BAKER, Richard D. **Judicial Review in Mexico: a Study of the Amparo Suit**. Austin and London: University of Texas Press for the Institute of Latin American Studies, 1971.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Sociedade e Estado. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 15, pp. 43-52.

- BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 1ª. ed. Campinas: Russell Editores, 2003.
- BÉNAC, Henri. **Dictionnaire des synonymes, conforme au dictionnaire de l'Académie Française**. Paris: Librairie Hachette, 1956.
- BERNAL, Andrés Botero. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. **Revista Sequência**. Núm. 59, dez/2009, p. 16.
- BIANCHI, Paolo. **La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi**. Torino: G. Giappichelli editore, 2000.
- BIASCO, Emílio. Ajuste de la administración a la constitución y a las leyes, s.l., s.d. Disponível em <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/adconst.PDF>. Acesso em 23 dez. 2011.
- BÍBLIA SAGRADA. Antigo e novo testamento. SP: Montecristo, 2011. Livro eletrônico para o *Kindle*. Especialmente formatada para leitores digitais com acesso direto a versículos.
- BICKEL, Alexander. **The Least dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven and London: Yale University Press, s.d., p. 16 e ss.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.
- BON, Pierre. El Consejo Constitucional Tras la Revision Constitucional de 23 de Julio de 2008. **CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO**. N. 34-35 (2008), pp. 192-224.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. El Control Abstrato de la Constitucionalidad de las Leyes en México. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Num. 105. Jul-Sep, 1999, p. 212.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, GB, 09. set. 1942.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., **The amparo suit: judicial protection of human rights in Latin America**. A comparative constitutional law study of the suit for amparo. New York: Columbia Law School, volume II, 2006a.
- _____. **El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. 1995a.
- _____. **El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)**. Caracas, 1994, *passim*.
- _____. **Judicial Review and Amparo Proceeding in a General Overview**. Disponível em <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.%201.%20968.%20JUDICIAL%20REVIEW%20IN%20LATIN%20AMERICA.%20A%20GENERAL%20OVERVIEW..pdf>. Acesso em 01 ago. 2011a.

- _____. **El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999.** Caracas: Editora Jurídica Venezolana, 2000, pp. 9-12.
- _____. **El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela.** Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995b.
- _____. **Judicial Review in Venezuela.** Lecture given in Duquesne University School of Law, Pittsburgh, November 10th, 2006b. Disponível em <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20502.%20Judicial%20Review%20in%20Venezuela.%202006%20Duquesne%20Nov.%202006%20Revised%20version.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2011.
- _____. **Instituciones políticas y constitucionales.** Caracas, San Cristóbal: Universidad Católica Andrés Bello, 1982, pp. 46-8.
- _____. **Estado de Derecho y Control Judicial:** Justicia Constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- _____. **Judicial Review in Comparative law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- _____. El sistema constitucional venezolano. In: GARCÍA BELAUNDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F.; VALLE, R. Hernández (Coord.). **Los sistemas constitucionales Iberoamericanos.** Madrid: Dykinson, 1992, p. 774.
- _____. **La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el Poder Constituyente Originario.** s.l., s.d.a. Disponível em <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20972.%20La%20rechazada%20reforma%20constitucional%20de%202007%20por%20el%20poder%20constituyente%20originario.pdf>>, acessado em 04 de janeiro de 2012
- _____. **Venezuela 2009 referendum on continuous reelection:** Constitutional implications. s.l., s.d.b. Disponível em <http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan_Brewer-Carias-Venezuela_2009_Referendum_on_Continuous_Re-Election_Constitutional_Implications.pdf>. Acesso em 05 jan. 2012.
- _____. **Constitución, Democracia y Control del Poder.** Caracas: Editora Jurídica Venezolana, 2004.
- _____. Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela. In: **El control del poder. Homenaje a Diego Valadés.** Peter Häberle e Diego García Belaúnde (Coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México, 2011b.

BROSSARD, Paulo. **O Impeachment.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRUM TORRES, J.C. **Figuras do Estado Moderno:** elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política no Ocidente. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique.** Paris: L.G.D.J., 1967-1977, tomo V.

BURTIN-VINHOLES, S. **Dicionário francês-português português-francês.** 38^a ed. São Paulo: Globo, 1999.

- BUSTAMENTE ALARCÓN, Reynaldo. **Control Difuso y Administración: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?**, Lima, 2002, pp. 4-5. Disponível em <http://bustamanteasociados.com/pdf/Control_difuso.pdf>. Acesso em 23 dez. de 2011. Tal artigo foi publicado também na **Revista Jurídica del Perú**, Ano LII n° 41, Revista especializada en jurisprudencia y doutrina, 2002, Trujillo, pp. 35-62.
- BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAENEGEN, R. C. Van. **Judges, Legislators and Professors**. Cambridge: University Press, 1996.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, Vol. I.
- CANTOR, Ernesto Rey. Acción Popular de Inconstitucionalidad. In **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. Argentina, vol. 1, jan-jun, 2004.
- CAPETILLO TREJO, José Enrique. **La Constitución Yucateca de 1841 y la reforma constitucional en las entidades federativas**. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/8/35.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CARPIZO, Jorge. **La interpretación del artículo 133 constitucional**. s.l., s.d., p. 3. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/4/art/art1.pdf>>. Acessado em 01 jan. 2012.
- _____; COSSIO DIAZ, Jose Ramon; FIX-ZAMUDIO, Hector. La Jurisdiccion Constitucional en Mexico. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.). **La Jurisdiccion Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, s.l., 1997.
- CASIANO LOSSIO, Ivan. **La acción procesal constitucional de inconstitucionalidad por Omisión a raíz de los silencios legislativos**. Lima, s.d. Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/la-accion-procesal-constitucional-de-inconstitucionalidad>>, Acesso em 26 dez. de 2011.
- CASTAÑEDA, Jorge. Revolution and Foreign Policy: Mexico's Experience. In: ASTIZ, Carlos A. **Latin American International Politics: ambitions, capabilities and the national interest of Mexico, Brazil and Argentina**. Indiana: University of Notre Dame Press, 1969.
- CÉSAR ORTIZ, Julio. **El sistema de control constitucional en Colombia**. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/71/art/art4.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2011.

- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La Jurisdicción Constitucional en Colombia. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.) **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, S.L., 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)** 4ª. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 75-98.
- COMELLA, Víctor Ferreres. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial**. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>>. Acesso em: 19 set. 2005.
- COROMINAS, Joan. **Breve diccionario etimologico de la lengua castellana**. Madrid: Editorial Gredos, 1961.
- CYNTHIA VILA. **El Control Difuso y el Control Concentrado en el Sistema Peruano de Justicia Constitucional: Eficacia de la Judicial Review a dos Siglos de su Creación**. Lima, s.d., p. 1.074. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/46.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2011.
- DABIN, Jean. **L'Etat ou le politique**. Paris: Dalloz, 1957.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. **Il dizionario della lingua italiana**. Firenze: Casa Editrice Felice le Monnier, 1995.
- DI MANNO, Thierry. **Le juge constitutionnel et la technique des decisions "interpretatives" en France et en Italie**. Paris: Economica, 1997.
- DIAZ, Ruy. **Gran Diccionario de sinonimos, antônimos e ideas afines**. Buenos Aires: Editorial Ruy Diaz, p. 101.
- DICEY, A. V., **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianapolis: Liberty/Classics, 1982.
- DONATI, Giorgio. **Le Costituzioni dell'America latina: I paesi bolivariani, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela**. S.l, s.d.
- DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1923, Tomo 2.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Harvard: Harvard University Press, 1986.
_____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1991.

- EDER, Phanor James. Judicial Review in Latin America. **Ohio Law Review**, 1960, pp. 572-573.
- EDLIN, Douglas E. **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008.
- _____. Judicial Review Without a Constitution. **Polity**, Vol. 38, No. 3, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1124590>>.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La Actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano. **Vniversitas. Bogotá** (Colômbia), nº 111, ene-jun 2006, pp. 65-94.
- FABRE, Michel-Henry. **Principes Républicains de Droit Constitutionnel**. 4ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. **El pensamiento político de Mariano Otero**. Disponível em <<http://biblioteca.itam.mx/estudios/47-59/50-51/JoseFernandezSantillanElpensamiento.pdf>>. Acessado em 29 dez. 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano-Modelo Europeo Kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa**. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). 24 septiembre 2002.
- _____. El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su gênesis en el pasado siglo. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 1. ed. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997.
- _____. **Los orígenes del control de la constitucionalidade y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX**. El impacto del voto particular de don Mariano Otero. s.l., s.d., p. 68. Disponível em <http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/81_122.pdf>. Acesso em 28 dez. 2011.
- _____. El Control de Constitucionalidade de las Omissiones Legislativas. In: **Tratado de Derecho Procesal Constitucional**. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, Vol. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo –RDA–** nº 230, Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, out.-dez. 2002b, p. 217-236.
- _____. O Sistema constitucional brasileiro e as Recentes inovações no Controle de Constitucionalidade (Lei nº 9868, de 10 de novembro e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo –RDA–** nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, abr.-jul. 2000.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- _____. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERRER MUÑOZ, Manuel. **La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España**. México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1993, *passim*.
- FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? Oxford University Press and New York University School of Law, **I.CON**, Vol. 2, n. 3, 2004, pp. 461-491.
- _____. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial**. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/eprog04.htm>>. Acesso em: 19 set. 2005a.
- _____. **Is the european model of constitutional review in crisis?** Disponível em: <http://www.unime.it/congressi/italo_spagnola/Comella.doc>. Acesso em: 19 set. 2005b.
- FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FINNER, E. S. **The History of Government**, New York: Oxford University Press, Vol. III, parte II (The Re-Creation of the State in Europe). 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Hector: Ensayos sobre el Derecho de Amparo. UNAM, **Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales** num. 142, México, 1993, p. 153.
- _____. La protección procesal de las garantías individuales en América Latina. In: **Revista de la Comisión Internacional de Juristas**, vol. IX, num. 2, Ginebra, dez. 1968.
- _____. **Derecho Comparado y Derecho de Amparo**. s.l., s.d. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/8/art/art2.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2011, pp. 328-349.
- _____. **Ensayos sobre el derecho de amparo**. México: Porrúa, 2003.
- GAONA CRUZ, Manuel. **El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia**. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro, 1988.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. La Jurisdiccion Constitucional en Peru. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.) **La Jurisdiccion Constitucional en Iberoamerica**. Madrid: Dykinson, S.L., 1997.
- GARCÍA TOMA, Víctor. El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas – Interpretativas (Normativas). **Gaceta del Tribunal Constitucional**, Lima, s.d., p. 39, disponível em <http://www.tc.gob.pe/gaceta/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf>. Acesso em 26 dez. 2011.

- GIUSTI TAVARES, José Antônio. **Sistemas Eleitorais nas democracias contemporâneas**: teoria, instituições, estratégia. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- GLOTZ, Gustave. **La cité grecque**. 9ª ed. Paris, 1953.
- GOMES, Eustáquio. **O mandarim**. História da infância da Unicamp. Campinas/SP: Editora da Unicamp, 2006. (Coleção Unicamp Ano 40).
- GONZALES MENDEZ, Luis F. **Las Sentencias Atípicas del Tribunal Constitucional**, Lima, s.d., p. 1. Disponível em <<http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/18%20articulo%20-%20Sentencias%20Atipicas%20del%20TC.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2011.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Trad. de Geraldo de Carvalho.
- GROPPI, Tania. **Hacia una Justicia Constitucional “Dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces Comunes en la Experiencia Italiana**, p. 496. Disponível em <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/90934.pdf>>. Acesso em 26 de dez. 2011.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)** 4ª. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49-74.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. **La aventura del Amparo Mexicano**. s.l., s.d.a Disponível em: <<http://www.scjn.gob.mx/2010/rpni/Documents/Publicaciones/MEXICO.pdf>> Acesso em: 27 jan. 2011.
- _____. **Lo confuso del control difuso de la Constitución**: propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional. s.l., s.d.b, p. 162. Disponível em <http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/175_203.pdf>. Acesso em 02 jan. 2012.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classic, 2003.
- HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Madrid, 1927.
- HERRING, Hubert. **A History of Latin America**. 3ª ed. New York: Knopf, 1968.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, maio 2007, p. 81-91.

- HOYOS, A. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, nº 75, UNAM. México 1992.
- JAYME, Fernando Gonzaga. O Devido Processo Legal. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-MG**, Belo Horizonte, MG, Brasil, v. 3, n. 5 e 6, p. 63- 75.
- JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros. 1954.
Tradução de Fernando de Los Rios.
- _____. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi**. Milano: Societ Editrice Libreria, 1919.
- _____. **La Dottrina Generale del Diritto Dello Stato**. Milano: Giuffrè Editore, 1949.
- JHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Salvador da Bahia: Progresso, 1950.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- _____. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: Textos Universitarios, 1969.
- _____. **Teoría General del Estado**. 15. ed. México: [s.n.], 1979.
- _____. **Autobiografía de Hans Kelsen**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, *passim*.
- KNOWLTON, Robert J. **The early influence of the United States Constitution in the western hemisphere: the cases of the Mexican Constitution of 1824 and Bolivar's ideas**. s.l., s.d. Department of History – University of Wisconsin – Stevens Point. Discussion Paper No. 78. Disponível em: <<http://www4.uwm.edu/clacs/resources/pubs/pdf/knowlton78.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2011.
- LAMAS, Felix Adolfo. **La Concordia Política: vinculo unitivo del estado y parte de la justicia concreta**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.
- LANDA, César. **El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano**. s.l., s.d., pp. 367 e 380. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr19.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011.
- LIPSET, Seymour Martin. **A sociedade Americana: uma análise histórica e comparada**. Tradução de Mário Salviano. Rio de Janeiro: Zahar, 1966;
- _____. **El excepcionalismo norteamericano: uma espada de dos filis**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Tradução de Mônica Utrilla.
- _____. **Por que não houve socialismo na América?** Lisboa: Quetzal, 2001. Tradução de Mario Correia e Victor Antunes.
- _____. **Revolution and Counterrevolution: change and persistence in social structures**. New York: Anchor Books, 1970.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

- LOS RIOS, Fernando de. Prologo del Traductor. *In*: JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954. Trad. Fernando de Los Rios.
- LÖSING, Norbert. Evolución Constitucional en Venezuela. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 1ª ed., s.l., 1997, pp. 79-80.
- LUCIO BITTENCOURT, C. A. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo en Iberoamérica. *In*: **Tratado de Derecho Precesal Constitucional**. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, Vol. 1, *passim*.
- MACILWAIN. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem, qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTÍNEZ BAEZ, Antonio. **El indebido monopolio del poder judicial de la federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes**. s.l., s.d., *passim*. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/60a/60a16.pdf>. Acesso em 02 jan. 2012.
- MARTINEZ CABALLETO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. **Revista de Estudios Socio-Jurídicos**, marzo, año/vol. 2, número 1, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, pp. 9-32.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MEDEIRO, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. A ação declaratória de constitucionalidade: Inovação da emenda constitucional 3 de 1993. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 1, n. 4, jul-set. 1993, pp. 98-136.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991-1997, Vol. 5.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991, Tomo II.

- MOMMSEN, Theodor. **Derecho público romano**. Trad. esp. Madrid, s. d.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORALES SARAVIA, Francisco. Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la Posición del Tribunal Constitucional del Perú. **Gaceta del Tribunal Constitucional**, nº 3, jul-set de 2006, p. 3, disponível em <http://tc.gob.pe/gaceta/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Control_constitucional_Morales.pdf>. Acesso em 23 dez. 2011.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 104, n. 396, mar./abr. 2008, p. 97.
- MORENO ORTIZ, Luis Javier. *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*. s.l., s.d. Disponível em <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20-%202019/sistema%20control_constitucionalidad_colombia.pdf>. Acesso em 09 jan. 2012.
- MOULIN, Leo. Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes. **Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle (N.S.)**, Nr. 10, (1953).
- _____. Le Gouvernement des communautés religieuses comme type de gouvernement mixte. **Revue française de science politique**, II (1952).
- _____. Une forme originale du gouvernement des hommes: Le gouvernement des communautés religieuses. **Revue internationale du droit compare**, VII (1955).
- NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. **Tipología de nuestras sentencias constitucionales**. s.l., s.d. Disponível em <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf>. Acesso em: 04 ago. 2011, pp. 571-602.
- OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **A Democracia Coroada: Teoria Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 1964.
- _____. **Natureza e fins da sociedade política**. S.l., s.d.
- _____. **A Formação do Federalismo no Brasil**. Brasileira. São Paulo, 1961.
- _____. **Interpretação da Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- _____. **Os Construtores do Império**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.
- OSUNA PATIÑO, Néstor. **Constituciones Iberoamericanas: Colombia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. Control y Magistratura Constitucional. In: CASTAÑEDA OTSU, Susana. (Coord.) **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Jurista Editores, 2003.

- PAREJA, José Paz-Soldán. **Derecho Constitucional Peruano**. Lima: Ediciones Libreria Studium. 1973.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In: **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. (Coord. RAMOS TAVARES). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- PERU. Tribunal Constitucional peruano. **Sentencia del 9 de enero de 2003**, Fundamento nº 3. Emitida en el Expediente nº 007-2002-AI/TC.
_____. STC de 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública), expedida el 11 de octubre de 2006, fundamento nº 50, en el Expediente nº 3741-2004-AA/TC.
- PINHO DIAS, Maria Rita Rebello. O controle de constitucionalidade no México – breve histórico e contornos atuais. In RAMOS TAVARES, André (coord). **Justiça constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 256.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo. Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica. In: **Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano**, 1ª ed., s.l., 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: Universidad Complutense, nº 15, 1989.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, 6 vols.
- POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Norwood: Marshall Jones Company, 1921.
- QUIJADA, Mónica. Una Constitución singular. La Carta Gaditana en perspectiva comparada. **Revista de Indias**, 2008, vol. LXVIII, núm. 242, p. 15-38.
- QUILES, Ismael. **La Persona Humana**. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1943.
- RABASA, Emilio O. **Historia de las Constituciones Mexicanas**. México: Universidade Autônoma do México, 1997, p. 13.
- RADBRUCH, Gustav. **El espíritu del derecho inglês**. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- REINO UNIDO. **Constitutional Reform Act 2005**. Londres, 2005. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>. Acesso em 05 dez. 2011.

- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Las Primeras Constituciones Políticas de Colombia y Venezuela. **Revista de Historia Contemporánea**. Madri: Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons Historia, 2008. Disponível em <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer8_04.pdf>. Acesso em 04 jan. 2012, p. 77.
- REVERBEL, Carlos E. D. Considerações Finais. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos E. D., (Coords.) **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal: reflexões e alternativas**. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2009.
- _____. REVERBEL, Carlos E. D. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JR. José L. M. do. (org.) **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. **O Federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- REYES HEROLES, Jesús. **El liberalismo mexicano**. 2ª reimpressão da 3ª ed. México: Fundo de Cultura Econômica, 1994, Vol. I.
- RIBEIRO BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ROBERT, Paul. **Le grand Robert de la langue française: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française**. 2ª ed., Tome II, Paris: Le Robert, 1986.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. **La acción abstracta de inconstitucionalidad y la Supremacía Constitucional**. s.l., s.d., *passim*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/11.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cª, 1864.
- _____. **Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada**. São Paulo: Brasiliense, 1982. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes.
- _____. **Discourse on the Origin of Inequality**. Cambridge: Hackett, 1992. Tradução de Donald A. Cress.
- RUBIO CORREA, Marcial. **La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima, s.d. Disponível em <<http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/952.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Divide et obtempera? una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 67, ano 23, jan-abr de 2003, p. 49-67.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén A. El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002. **Cuestiones Constitucionales**, julio-dic., n. 11, México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

- SANTOS SARAIVA, F. R. DOS. **Novíssimo Dicionário Latino-Português:** etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc. 11ª ed., Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s.d.
- SARTORI, Giovanni. **Ingegneria costituzionale comparata, strutture, incentivi ed esiti.** Bologna: Il Mulino, 2000.
- SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución:** estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1931.
- _____. **Teoría de la Constitución.** México: Editora Nacional, 1966.
- SCHWARTZ, Bernard. **American Constitutional Law.** S.l., s.d.
- SEGURA MUNGUÍA, Santiago. **Dicionário etimológico latino-espanhol.** 1ª ed., Madrid: Ediciones Generales Anaya, 1985.
- SIERRA BRAVO, Restituto. **La persona humana en el magisterio social de Pio XII.** Madrid: Aguilar, 1960.
- SIEYÈS, Emmanuel. **Qué es el tercer Estado?** Madrid: Aguilar, 1973.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Rafael da. A nova Corte Suprema do Reino Unido e o Controle da Constitucionalidade. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS.** Porto Alegre, volume I, número 2, novembro de 2009.
- SILVA RAMOS, Elival da. **Controle de Constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos.** Porto Alegre, 2002a. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- _____. **A Crise da Democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. Estudo Introdutório: Em Torno do Sentido do Federalismo. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; ÁVILA, Marta (Coord.) **Direito do Estado:** estudos sobre federalismo. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.
- _____. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder (Coord.) **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal:** Reflexões e Alternativas. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009.
- _____. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes.** São Paulo: USP, s.d. Tese para exame de livre-docência, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- _____. **O Tribunal Constitucional como Poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002b.

- _____. Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, março de 2005. pp. 7-18.
- _____. **Aulas de Teoria de Direito Público do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2º semestre de 2011.
- _____. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002c.
- _____. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002d.
- _____. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002e.
- SPAEMANN, Robert. **Personas Acerca de la Distinción Entre “Algo” y “Alguien”**. Navarra: Universidade de Navarra, 2000. Tradução e estudo introdutório de José Luis del Barco.
- STURLESE, Laura. **Tribunal Constitucional y sistema inconstitucional italiana**. p. 175. Disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/626/113.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2011.
- TARQUINIO DE SOUZA, Octavio. **Bernardo Pereira de Vasconcellos e seu tempo**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora. 1937.
- TEJADA SPÍNOLA, Francisco Elias de. **Introducción al Estudio de la Ontología**. Madrid: Ibarra, 1492.
- TEJERA, Miguel. **Compendio de la Historia de Venezuela**. LaVergne: Bibliobazaar, 2010, p. 70.
- TENA RAMIREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. Mexico: Editorial Porrúa, 1955.
- THE CENTURY DICTIONARY AND CYCLOPEDIA. A work of universal reference in all departments of knowledge with a new atlas of the world. s.l., 1906, Vol. II.
- TOCQUEVILLE, Aléxis. **A Democracia na América**. S.l., s.d.
- WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- WEBSTER'S NEW INTERNATIONAL DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE. 2ª ed. Massachusetts: G&C Merriam Company, 1954, Vol. I.
- WHEARE, K. C. **Federal Governement**. Oxford University, 1964.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La Ley, el Derecho y la Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 72, ano 24, set-dez de 2004, p. 11-24.
- _____. **El derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 33-4. Traduzido por Marina Gascón.

SÍTIOS ACESSADOS

<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos> acessado em: 08 de dezembro de 2011.

<http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 12 de março de 2010.

<http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 12 de março de 2010.

<http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 12 de março de 2010.

<http://www.munimex.com/apatzingan/decretoconstitucional.html>. Acessado em: 13 de março de 2010.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79117288329793495200080/p0000001.htm> Acessado em: 24 de outubro de 2010.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79117288329793495200080/p0000001.htm> Acessado em: 25 de outubro de 2010.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361697524573725088802/p0000001.htm> acessado em: 30 de outubro de 2010.

<http://www.eldiariomontanes.es/20071103/mas-actualidad/internacional/venezuela-votara-constitucion-socialista-200711030825.html> acessado em: 7 de março de 2011.

<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=501897> acessado em: 7 de março de 2011; ou ainda:

http://www.publico.pt/Mundo/parlamento-da-venezuela-adoptou-a-reforma-constitucional-de-chavez_1309586 acessado em: 7 de março de 2011.

http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/ acessado em 13 de março de 2011.

<http://www.eluniversal.com.mx/internacional/55903.html> acessado em: 7 de março de 2011.

http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009/ acessado em 13 de março de 2011.

CONSTITUIÇÕES ACESSADAS PELA INTERNET

México. Constitución Política de la República Mexicana de 1857, art. 101, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>> Acesso em: 24 jan. de 2011.

Venezuela. Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811. Disponível em <http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_Federal_de_1811/Texto_Constitucional>. Acesso em: 10 fev. 2011.

Estados Unidos. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em <<http://www.usconstitution.net/articles.html#Article2>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

Venezuela. Constituição da Venezuela de 1830. Disponível em <<http://www.angelfire.com/va/derecho/1830.html>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

Venezuela. Constituição de 1858. Disponível em <http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos_de_Venezuela_de_1858>. Acesso em: 17 fev. 2011.

Venezuela. Constituição de 1864. Disponível em <http://venciclopedia.com/index.php?title=Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos_de_Venezuela_de_1864>. Acesso em: 18 fev. 2011.

Venezuela. Constituição de 1909. Disponível em <<http://www.antiescualidos.com/img/1909%20%20Constitucion%20-%20Revolucion%20Bolivariana%20-%20Constituciones%20Politicas.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

Venezuela. Constituição dos Estados Unidos da Venezuela de 1947. Disponível em <<http://www.analitica.com/bitblo/anc/constitucion1947.asp>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

Venezuela. Constituição de 1961. Disponível em <<http://www.angelfire.com/va/derecho/1961.html>>. Acesso em: 18 de Fev. 2011.

Venezuela. **Código de Procedimiento Civil venezolano de 1990**. Disponível em: <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_DE_PROCEDIMIENTO_CIVIL.doc>. Acesso em: 18 fev. 2011.

DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA ACESSADAS PELA INTERNET

U.S. Supreme Court in: Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. 304 (1795).
<http://supreme.justia.com/us/2/304/case.html> acessado em: 20 de julho de 2011.

U.S. Supreme Court in: Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html> acessado em: 20 de julho de 2011.

U.S. Supreme Court in: Linkletter v. Walter, 381 U.S. (1965). In:
<http://supreme.justia.com/us/381/618/case.html> acessado em: 03 de agosto de 2011.

ASHWANDER v. TENNESSEE VALLEY AUTHORITY, 297 U.S. 288 (1936), 346.
Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/297/288/> acessado em: 21 de setembro de 2011.

REVISTAS CONSULTADAS:

Veja, São Paulo: Abril, edição 2236, ano 44, nº 39, 28 set. 2011.

Veja, São Paulo: Abril, edição 2244, ano 44, nº 47, 23 nov. 2011.