MARCELO DOVAL MENDES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO EXPRESSÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

Razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

MARCELO DOVAL MENDES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO EXPRESSÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

Razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Nome: Mendes, Marcelo Doval.

Título: Jurisdição constitucional como expressão da separação de poderes: Razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis.

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr._____ Instituição_____

Julgamento_____ Assinatura_____

Prof. Dr._____ Instituição_____

Julgamento_____ Assinatura_____

Prof. Dr._____ Instituição_____

Julgamento_____ Assinatura_____

AGRADECIMENTOS

No man is an island. Nenhum homem é uma ilha.

O longo processo de maturação deste trabalho é mais uma das infindáveis materializações da secular meditação de John Donne.

Agradecer, nominalmente, a todos é tarefa impossível. Além disso, também é, inescapavelmente, sujeita a injustiças, pois são muitos os que contribuem, direta e indiretamente, com um trabalho desse tipo. Mas, não agradecer é simplesmente impensável. Assim, embora ainda injusta, a melhor forma (ou, ao menos, a intermediária) é agradecer àqueles que participaram de forma mais direta do crescimento pessoal e acadêmico decorrente deste trabalho, estendendo minha gratidão a todos que, de qualquer forma, emprestaram a ele suas valorosas contribuições.

A Deus, pois, sempre, por tudo. A meus pais, Beth e Japão, por ensinarem a mirar o destino sem nunca descuidar do caminho. Por sempre mostrarem o mais no menos. Ter espelhos como esses é a maior garantia de que trabalho e perseverança permitem tudo e de que o impossível é temporário. A meu irmão, Fernando, pela mais longa e profícua parceria, daquele melhor tipo que não se lembra de quando começou, mas se sabe que nunca vai acabar.

A Carlos e Celia Visconti, pelo irrestrito apoio. A Roberta Visconti, pelas atenciosas e competentes sugestões. A Paulo Barbosa, Heloísa Kromberg, Roberto Messina e Silvia Lencioni, pelo constante estímulo. A Lucas Pires e Claudio Ciacco Netto, por manterem sempre viva São João da Boa Vista, minha cidade natal. A Lucas Campos, Raphael Tardioli, Nilmar Júnior e Murillo Ribeiro, por redefinirem São Paulo, minha cidade atual.

Aos demais amigos de ontem e hoje, pela convivência. Felizmente, são muitos e, aqui, sobretudo, as injustiças seriam as maiores. Assim, considerando a ocasião, melhor representantes não há que Gabriel Caixeta, Eduardo Marrochio, Rebecca Groterhorst, Karina Denari e Juliana Demarchi, afinal, foram os que mais de perto acompanharam (e compartilharam) as dúvidas, as angústias e as alegrias de um processo como este, tornando-o bem menos solitário e bem mais divertido.

À Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, pela inestimável orientação (em sentido amplíssimo) e pela constante renovação da confiança, sempre acompanhadas de sua gentil atenção, tudo a demonstrar o equilíbrio perfeito entre erudição e simplicidade. Mas não só. Também pelos muitos estímulos, o mais remoto quando sequer nos conhecíamos, nos idos de 2002. Ainda em meu primeiro ano na Faculdade de Direito – e também em São Paulo –, li o seu *Conflito entre poderes*. Obra profunda, mas acessível e permanentemente atual (e a primeira que li de ponta-a-ponta), despertou-me o ânimo para o Direito Constitucional. De lá pra cá, tanto estímulos quanto admiração só cresceram.

À Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida e ao Professor Roger Stiefelmann Leal, pelos contínuos ensinamentos nas aulas da graduação e da pós-graduação, e, principalmente, pelas preciosas contribuições na banca de qualificação. Ao Professor Roger, em especial, pela acolhida nas atividades de monitoria em suas disciplinas da graduação (Direito Constitucional II e Direitos Fundamentais), bem como pelas oportunidades de debater ideias deste trabalho (e muitas outras), estimulando, constantemente, a reflexão com seu conhecimento profundo e seu pensamento arguto.

À *Facvldade* de Direito, Velha e Sempre Nova Academia, corpo vivo, cuja alma é formada por todos seus mestres, alunos e funcionários. Aos funcionários da biblioteca e da pós-graduação, em especial, por todo apoio.

Enfim, à Renata, cuja importância está muito além de qualquer palavra, de homens ou anjos. Por me mostrar, na prática do dia-a-dia, que contra o que há de ser todas as forças sobram. Pelo renascer, pela cumplicidade, pelo carinho, pela tranquilidade, pela paciência. Por tudo. E por tantas outras coisas. Sempre.

A conquista é de todos. Os erros são meus.

Aos que acreditam, aos que tentam, aos que não desistem.

“Quod fuit, ipsum est, quod futurum est. Quod factum est, ipsum est, quod faciendum est: nihil sub sole novum.”
(Eclesiastes 1:9-10)

“‘Would you tell me, please, which way I ought to go from here?'
'That depends a good deal on where you want to get to,' said the Cat.
'I don't much care where—' said Alice.
'Then it doesn't matter which way you go,' said the Cat.”
(Lewis Carroll – Alice's Adventures in Wonderland, 1865)

RESUMO

MENDES, Marcelo Doval. *Jurisdição constitucional como expressão da separação de poderes: Razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis.* 2015. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Desde a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional experimenta um contínuo avanço e fortalecimento ao redor do mundo. Isso levou *incontinenti* à elaboração de diversas teorias sobre a superação dos tradicionais modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis. O objeto do presente exame é, especificamente, a análise das estruturas (históricas, funcionais e sistêmicas) e dos aspectos processuais dos modelos tradicionais, de modo a testar a seguinte hipótese: apesar de algumas semelhanças entre aspectos processuais, as diferentes estruturas político-funcionais dos modelos norte-americano e europeu ainda são razões para a distinção entre eles e implicam concepções diversas quanto à organização estatal. O primeiro capítulo analisa os movimentos político-constitucionais das democracias liberais ocidentais inglesa, americana, francesa e europeia (genericamente), desde o constitucionalismo moderno até a atual conformação de seus sistemas de controle de constitucionalidade da legislação. O segundo capítulo considera a evolução dos aspectos processuais dos modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis. O terceiro e último capítulo analisa a estrutura político-funcional de cada um no que se refere à estrutura funcional – modo como é organizado o exercício da função jurisdicional, em especial, a jurisdição constitucional – e à estrutura sistêmica – tradição (ou família) jurídica na qual foi gestado cada modelo. O objetivo é examinar os influxos exercidos por cada uma dessas estruturas sobre os modelos norte-americano e europeu de controle, bem como as discussões que sobre elas se apresentam. A conclusão é que, se subsistem as razões estruturais que levaram a opções distintas quanto à separação ou não das jurisdições constitucional e ordinária, a mera aproximação de alguns aspectos processuais – que, no mais das vezes, sequer são tão rígidos, servindo mais a propósitos classificatórios – não é suficiente para superar a distinção entre o modelo europeu e o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das leis.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade – Estados Unidos – Europa

ABSTRACT

MENDES, Marcelo Doval. *Constitutional jurisdiction as an expression of separation of powers: Reasons and meanings of the distinction between classical models of judicial review of legislation.* 2015. 157p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University os São Paulo, São Paulo, 2015.

Since World War II, the constitutional jurisdiction experiences continuous development and empowerment around the world. This lead *incontinenti* to the development of various theories about overcoming traditional North American and European models of control on judicial review. The object of this study is, specifically, the analysis of structures (historical, functional and systemic) and the procedural aspects of traditional models in order to test the following hypothesis: in spite of some similarities on procedural aspects, the differences between functional and political structures of North American and European models are still reason for their distinction and imply different conceptions about the state organization. The first chapter analyzes the political and constitutional movements of English, American, French and European (in general) Western liberal democracies from the modern constitutionalism to the present conformation of its constitutionality control systems. The second chapter analyses the evolution of the procedural aspects of North American and European models of judicial review. The third and final chapter analyzes the political and functional structure of each model in regard to the functional structure – how the exercise of jurisdictional function is organized, especially the constitutional jurisdiction – and the systemic structure – legal tradition (or family) in which each model was brought. The objective is to examine the inflows exercised by each of these structures on the North American and European control models as well as the discussions surrounding them. The conclusion is that, if there are still structural reasons that lead to the different options in regard to the separation of the constitutional and ordinary jurisdictions, the mere proximity of some procedural aspects – which, in most cases, are not even as rigid, serving basically to classification purposes – is not enough to overcome the distinction between the European model and the US model of judicial review.

KEYWORDS: Judicial Review – United States – Europe

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **12**

1 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NAS DEMOCRACIAS OCIDENTAIS **19**

1.1 Considerações preliminares **19**

1.2 A matriz inglesa **24**

1.2.1 Soberania do Parlamento ***26***

1.2.2 A garantia da British Constitution: tradição e política ***29***

1.3 A matriz estadunidense: "Nós, o povo" **32**

1.3.1 Origem e bases do judicial review: uma defesa da "tese federalista" ***35***

1.3.2 Conformação do judicial review ***40***

1.4 A matriz francesa **45**

1.4.1 Defesa política da Constituição ***49***

1.4.2 O Conselho Constitucional ***51***

1.5 A matriz europeia **56**

1.5.1 A força da "lei" e o guardião da Constituição ***59***

1.5.2 Breve inventário do controle de constitucionalidade de leis na Europa ***63***

2 OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **66**

2.1 Jurisdição constitucional: colocação do tema **66**

2.2 O estado da arte sob a perspectiva técnico-processual **72**

2.2.1 Natureza e efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade: elementos acessórios não caracterizadores da distinção entre os modelos ***77***

2.2.2 Modo de introdução da questão de (in)constitucionalidade: via incidental e via principal como mecanismos de distinta racionalização impulsiva *81*

2.2.3 Modo de decidir sobre a (in)constitucionalidade da lei: abstração e concretude como métodos distintos de fiscalização *85*

2.2.4 Eficácia subjetiva da decisão controladora: efeito erga omnes e stare decisis como políticas distintas de coerência sistêmica *92*

3 ESTRUTURA POLÍTICO-FUNCIONAL COMO *RATIO* DA DISTINÇÃO ENTRE OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS **99**

3.1 Estrutura monista e estrutura dualista **99**

3.2 Distintas inspirações decorrentes do *common law* e da tradição romano-germânica **101**

3.2.1 Unidade ou pluralidade de jurisdições *106*

3.2.2 A "(in)capacidade" dos juízes ordinários *109*

3.2.2.1 Vinculação com os regimes anteriores *110*

3.2.2.2 Acesso e promoção na magistratura *111*

3.2.2.3 Naturezas distintas normas constitucionais e normas ordinárias *116*

3.3 Qual monopólio importa? **120**

3.3.1 Duplo juízo de constitucionalidade e única decisão de inconstitucionalidade *122*

3.3.2 Inversão do monopólio da jurisdição constitucional: interpretação v. rejeição e o indesejado papel do "legislador positivo" *125*

3.4 Jurisdição constitucional e separação de poderes **128**

3.4.1 Primeira adequação: o surgimento da jurisdição constitucional *130*

3.4.2 Segunda adequação: o deslocamento da jurisdição constitucional *132*

CONCLUSÕES **137**

BIBLIOGRAFIA **142**

INTRODUÇÃO

I Colocação do tema

Ao confrontar os aspectos políticos e jurídicos do controle de constitucionalidade das leis, Georges Vedel aponta que não há solução perfeitamente satisfatória quando o tema é sua organização.[1]

Isso é natural. Afinal, muito embora, comumente, a jurisdição constitucional seja tratada como um problema da "metafísica do Estado"[2], buscando ser compreendida, ontologicamente, para além da própria realidade estatal, em verdade, é um "princípio organizativo particular"[3] que busca dar conta de resolver problemas práticos.

Por essa razão é que são buscados antecedentes do controle de constitucionalidade na Antiguidade. Mas, efetivamente, seu surgimento está ligado a desdobramentos do constitucionalismo moderno. Não se nega, com isso, a importância de estudar o constitucionalismo antigo, bem como seus influxos – inclusive sobre o controle de constitucionalidade. Apenas se deve ter em mente que as explicações não podem desconsiderar os contextos históricos, políticos e sociais em que foi gestada essa garantia da Constituição.

Nesse contexto, o primeiro modelo do controle de constitucionalidade das leis foi "descoberto", em 1803, pelo *Chief Justice John Marshall*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, como uma decorrência pretensamente *lógica* da supremacia da ainda novel Constituição norte-americana.

---

1 Cf. Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 124.

2 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920 (trad. port. Alexandre Krug de Verfassungs-und Verwaltunggerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom I Oktober 1920), in *Jurisdição constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 46.

3 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 46.

O segundo modelo foi "desenhado" mais de um século depois, principalmente por Hans Kelsen, como decorrência da necessidade de garantir, juridicamente, as Constituições europeias e de contornar as dificuldades de implantação do modelo norte-americano nas distintas condições do Velho Continente.

O grande salto de importância, porém, ocorre depois da Segunda Guerra Mundial, quando diversos Estados adotaram práticas que podem ser consideradas dentro do âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. As independências de colônias europeias e saídas de regimes ditatoriais também representaram movimento importante.

Observando as experiências norte-americana e europeia, mas tendo em consideração suas realidades particulares, a miríade de sistemas levou *incontinenti* à elaboração de diversas teorias sobre a superação dos modelos tradicionais estadunidense e europeu e a necessidade de criação de novas categorias.[4]

Contudo, como as grandes dicotomias onicompreensivas em que, habitualmente, os campos do saber estão divididos, também esta pode ter usos descritivos, axiológicos e históricos[5], de modo que a consideração de sua superação pode ter muitos significados, inclusive um álibi teórico para portar ideologias ou valores.

Além disso, outra boa razão justifica a investigação: recorrentemente, os estudos que demandam novas classificações pautam-se em critérios processuais. Explica-se. Qualquer análise da *jurisdição* constitucional envolve lidar com alguns ou vários dos elementos processuais que, intrinsecamente, cercam-na. Ocorre que *processo* é marcha, movimento. Em alguma medida, pois, é natural que certos ritos e procedimentos tendam a um lado ou outro do plano dicotômico. Assim, apenas uma análise processual não se afigura suficiente para indicar uma aproximação superativa dos modelos norte-americano e europeu.

É necessário, então, acrescentar outras variáveis à investigação. Dessa forma, o presente estudo procura incluir variáveis estruturais, conjuntamente com as variáveis processuais, para examinar se ainda há significados na consideração da díade antitética modelo norte-americano/modelo europeu.

---

4 Cf. Luca Mezzetti, La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria, in Luca Mezzetti *et al.*, *La giustizia costituzionale*, Verona, CEDAM, 2007, p. 166.

5 Cf. Norberto Bobbio, *Direita e esquerda:* razões e significados de uma distinção política (trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Destra e sinistra: ragioni e significati di uma distinzione politica), 2ª ed., São Paulo, Unesp, 2001, p. 49.

II Recorte e plano

Feita esta brevíssima introdução dentro da introdução, cumpre informar o que, precisamente, o trabalho busca examinar e como irá fazê-lo. O recorte pode ser feito de duas formas: dizendo o que se pretende e o que não se pretende.

Enquanto processo é movimento, estrutura é organização, estabilidade. Trata-se, pois, de considerar aquilo que está na base dos modelos tradicionais. Assim, o objeto do estudo é, especificamente, a análise das estruturas (históricas, funcionais e sistêmicas) e dos aspectos processuais dos modelos tradicionais, de modo a testar a seguinte hipótese: apesar de algumas semelhanças entre aspectos processuais, as diferentes estruturas político-funcionais dos modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis ainda são razões para a distinção entre eles e implicam concepções diversas quanto à organização estatal.

Como o controle de constitucionalidade pode, em tese, recair sobre todos os atos estatais, cabendo a cada ordenamento jurídico especificar aqueles atos efetivamente sujeitos ao juízo de conformidade frente à Constituição, o objeto aqui se restringe ao controle de constitucionalidade das leis, justificado pela relevância do encontro das funções estatais de legislar e julgar.[6]

Portanto, o aspecto da jurisdição constitucional considerado refere-se, exclusivamente, ao controle de constitucionalidade de leis, não considerando outras funções exercidas pelos órgãos jurisdicionais e não considerando outros parâmetros de controle (especialmente, tratados e convenções internacionais).

O trabalho também não versa sobre a legitimidade política e/ou democrática do(s) modelo(s) de controle ou de seus órgãos, ainda que sobre ela(s) se manifeste, eventualmente.

Finalmente, não se trata de uma análise de Direito Comparado, embora, ocasionalmente, sejam feitas algumas comparações entre países e, sobretudo, a conformações específicas de seus ordenamentos jurídicos.

---

[6] Cf. José Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional:* fundamentos de la democracia constitucional, Madrid, Tecnos, 1998, p. 347-348.

O plano de estudo é dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo analisa os movimentos político-constitucionais das democracias liberais ocidentais inglesa, estadunidense, francesa e europeia (genericamente), desde o constitucionalismo moderno até a atual conformação de seus sistemas de controle de constitucionalidade da legislação. O objetivo é identificar as estruturas históricas que levaram às configurações específicas de cada modelo, de modo a responder se, atualmente, elas estão superadas ou ainda exercem influência significativa. Embora a hipótese se restrinja à análise dos dois modelos tradicionais (estadunidense e europeu), a matriz inglesa foi considerada por três aspectos – sua importância no processo evolutivo do constitucionalismo moderno (como, por exemplo, pelo papel do ideário de Locke), sua influência sobre a matriz norte-americana e a centralidade da noção de soberania do Parlamento – e a matriz francesa por dois – a importância da Revolução Francesa, com influxos sobre os demais países europeus ocidentais, e a grande celeuma sobre a natureza do Conselho Constitucional e de seu controle, se políticos ou jurisdicionais.

O segundo capítulo considera a jurisdição constitucional, mais especificamente, a evolução dos aspectos processuais dos modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis. Dividido em duas seções secundárias, a primeira busca a compreensão da ideia de jurisdição constitucional. A segunda, primeiramente, sintetiza as principais posições doutrinárias sobre o chamado movimento de convergência dos modelos norte-americano e europeu, e, posteriormente, em quatro seções terciárias, discute os aspectos processuais tidos como indicadores da mencionada aproximação: natureza da decisão (declaratória *v.* constitutiva); eficácia temporal (efeitos *ex tunc v.* efeitos *ex nunc*); modo de iniciar o processo de verificação (incidental *v.* principal); modo de decidir dos órgãos competentes (concreto *v.* abstrato); e eficácia subjetiva (efeitos *inter partes*, efeitos *erga omnes* e regra do *stare decisis*).

O terceiro e último capítulo analisa a estrutura político-funcional de cada modelo no que se refere à estrutura funcional – modo como é organizado o exercício da função jurisdicional, em especial, a jurisdição constitucional – e à estrutura sistêmica – tradição (ou família) jurídica na qual foi gestado cada modelo. O objetivo é examinar os influxos exercidos por cada uma dessas estruturas sobre os respectivos modelos de controle, bem como as discussões que sobre elas se apresentam, culminando com a relação entre eles e a configuração que cada qual propõe à separação de poderes. Nesses termos, o capítulo é

dividido em quatro seções secundárias. A primeira explica como se dá a relação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional em cada modelo. A segunda, subdividida em duas seções, trata das diferenças entre a tradição do *common law* e tradição romano-germânica, tanto para efeitos de divisão das jurisdições estatais, quanto para a avaliação da capacidade dos juízes para o exercício da jurisdição constitucional. A terceira seção, também subdividida em outras duas, retoma a relação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional do ponto de vista das alegações de descentralização. A quarta e última seção, que encerra o trabalho, trata da leitura que os modelos norte-americano e europeu deram à separação de poderes, avaliando seus pontos de contato e distanciamento.

III Algumas observações terminológicas

Revisão judicial e controle de constitucionalidade não são exatamente expressões sinônimas.[7] Como a própria denominação indica, revisão judicial transmite a ideia da participação de um órgão específico na avaliação da conformidade das leis, o Poder Judiciário. A remissão ao modelo originado nos Estados Unidos é imediata em função do *judicial review*.

O controle de constitucionalidade, por outro lado, não implica, necessariamente, a participação do Poder Judiciário na avaliação das leis ante a Constituição. Ao entregar o juízo de constitucionalidade a uma Corte Constitucional, o modelo europeu preferiu a alocação desse poder em um órgão situado entre os poderes (e, portanto, fora também do Judiciário).[8]

No presente trabalho, preferir-se-á, de maneira geral, o termo "controle de constitucionalidade" por parecer mais amplo. Afinal, quando o Poder Judiciário exercita a "revisão judicial", o que faz, ao cabo, nada mais é que controlar as leis frente à Constituição. De outra senda, a recíproca não é verdadeira, pois quando a prática do controle está a cargo de órgão *não judicial*, evidentemente, não se pode falar em uma revisão *judicial*.

---

7 Cf. Rogério Bastos Arantes, Cortes constitucionais, in Leonardo Avritzer *et. al.* (orgs), *Dimensões políticas da justiça*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2013, p. 198.

8 Cf. Rogério Bastos Arantes, ob. cit. p. 199.

O termo *modelo* será empregado para as representações clássicas de matriz norte-americana e de matriz europeia-kelseniana, ligado à ideia tipos ideais (muito embora sejam configurações aplicadas na prática). O termo *sistema*, por outro lado, será utilizado para se referir a determinada conformação institucional de acordo com o ordenamento jurídico de determinado Estado.

Ainda que alguns doutrinadores apresentem distinções, comumente os termos *jurisdição constitucional* e *justiça constitucional* são utilizados como sinônimos.[9] Assim, no âmbito do presente trabalho, serão utilizados com o mesmo significado, indiscriminadamente.

O mesmo se aplica em relação à denominação dos órgãos especializados da jurisdição constitucional. Apesar de alguma diferenciação, as expressões *Corte Constitucional* e *Tribunal Constitucional* são igualmente utilizadas. Aqui também serão.

Como um único Estado, o Reino Unido (Reino Unido da Grã-Betanha e Irlanda do Norte, formado por Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte) é regido por uma única Constituição, de modo que se pode falar em uma Constituição britânica. O fato de o Parlamento, reunido no Palácio de Westminster (Londres), ser único[10] (após o Tratado da União de 1707, foram reunidos os Parlamentos da Inglaterra e da Escócia) e soberano, em relação aos corpos políticos locais, reforça essa noção.

Quanto ao Direito, embora a matriz inglesa seja aplicada apenas na Inglaterra e no País de Gales, é dela que derivam todos os Direitos pertencentes à família do *common law*.[11]

---

9 Ver, a propósito, Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:* garantia suprema da Constituição, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 4-5; Luca Mezzetti, ob. cit. p. 6; Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (trad. port. de Aroldo Plínio Gonçalves de Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 23.

10 O Ato de União de 1536 implicou a anexação do País de Gales à Inglaterra, determinando a aplicação da lei inglesa e conferindo-lhe representação no Parlamento inglês. Posteriormente, o Tratado de União de 1707 entre Inglaterra e Escócia unificou os Parlamentos de ambos no Parlamento da Grã-Betanha, mantendo, porém, separados os sistemas jurídicos. Os Atos de União de 1800 fundiram o Reino da Irlanda ao Reino da Grã-Betanha, formando o Reino Unido da Grã-Betanha e Irlanda, sob um único Parlamento, com a introdução de representação irlandesa, mantidos separados os sistemas legais. Finalmente, com a criação da Irlanda do Norte, em 1920, e a independência da Irlanda, em 1921, o Reino Unido ganhou sua formação atual (Para os Atos e Tratados, cf. <http://www.legislation.gov.uk/>).

11 Cf. René David, *O direito inglês* (trad. port. Eduardo Brandão de Le droit anglais), 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. VIII. No mesmo sentido, René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (trad. port. Hermínio A. Carvalho de Les grands systèmes du droit contemporains), 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 353 e 355.

Quanto aos termos, *britânico*, propriamente, remete à Grã-Betanha (ilha que abriga Inglaterra, País de Gales e Escócia) ou ao Reino Unido. Por extensão de sentido, pode ser utilizado para designar algo relativo à Inglaterra.[12] O termo *inglês* refere-se, propriamente, à Inglaterra, mas também pode indicar o *britânico*.[13]

Assim, considerando que o processo de evolução constitucional se deu antes da conformação atual do Reino Unido, bem como que o Parlamento é único e se organiza sob os princípios desse específico constitucionalismo, para os fins do presente estudo, as denominações *inglês* e *britânico* também serão utilizadas indistintamente, com eventuais menções e ressalvas, se necessárias.

O mesmo se dará para as denominações *estadunidense*, *norte-americano* e *americano*. A despeito de alguma imprecisão técnico-geográfica, sua aplicação é consagrada pelo uso e pela norma culta e serão todas, aqui, utilizadas indistintamente.

---

[12] Cf. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2009, p. 329.

[13] Cf. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, ob. cit., p. 1083.

1 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NAS DEMOCRACIAS OCIDENTAIS

1.1 Considerações preliminares

Na história do Direito Constitucional, é possível distinguir traços indicativos da existência de um *constitucionalismo antigo*[14] cujas lições e experiências são fontes de inspiração de institutos e ideias do *constitucionalismo moderno*.[15] Assim, identificam-se, desde a Antiguidade, características que foram exacerbadas nesse movimento moderno, tais como o império da lei[16], o direito natural[17], a soberania popular[18], a divisão do poder[19], além de alguma noção de supremacia da Constituição[20].

---

[14] A menção a um constitucionalismo antigo faz referência (1) ao constitucionalismo grego clássico (filosofias de Sócrates, Platão e Aristóteles, nas quais é possível encontrar uma mesma concepção de direito natural e do papel da lei, diferentemente, por exemplo, dos sofistas); (2) ao constitucionalismo romano (a partir *Da República*, de Cícero, com a concepção da existência do Estado em função da lei e a invocação do exercício das virtudes cívicas, evocando uma forma de governo misto e moderado) e (3) ao constitucionalismo medieval (extensão da ideia de um direito natural – inicialmente divino –, superior e mais "antigo" que o Estado, com base no qual se abriu a possibilidade para o desenvolvimento da teoria de que as leis têm um parâmetro de validade a observar). (Cf. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno* [trad. esp. José Rovira Armengol de Constitutionalism: ancient and modern], Buenos Aires, Editorial Nova, 1958, p. 43 e 52). Ver, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, Cap. 1.

[15] Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 11 e 13. Maurizio Fioravanti discorda da existência de "raízes" do constitucionalismo moderno no que se convencionou denominar constitucionalismo antigo. Para o autor não há dúvida da existência de uma constituição dos antigos como critério de ordem e de medidas das relações sociais e políticas, mas "[t]al constitución obviamente no tiene relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna 'soberanía' que limitar ni, sobre todo, habrían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos". (Cf. *Constitución:* de la antiguedad a nuestros dias [trad. esp. Manuel Martínez Neira de Costituzione], Madrid, Trotta, 2001, p. 29-30). Evidentemente, não se trata do mesmo tipo de Constituição, tampouco do mesmo movimento, mas a própria ideia antiga de uma comunidade política com forma ordenada e duradoura mencionada por Maurizio Fioravanti pode ser encontrada também no constitucionalismo moderno, de modo que a mera consideração de que as Constituições modernas foram as dos vencedores enquanto as antigas foram grandes projetos de conciliação social e política não parece suficiente para afastá-las totalmente, inclusive porque, na Antiguidade, tais "conciliações sociais" eram restritas a uma parcela da população, ou seja, também havia "vencedores", cambiando apenas o fundamento do domínio.

[16] Ao ponderar que as leis deviam se voltar para a natureza da cidade e para a felicidade dos homens, Aristóteles prestigiava, simultaneamente, a centralidade do governo das leis (e não dos homens), bem como apresentava uma noção de direito natural universal (ainda que não exatamente como direito obrigatório, mas como uma expressão de uma realidade objetiva). (Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 43).

[17] "Assim, exigir que a lei tenha autoridade não é mais do que exigir que Deus e a razão predominem; pelo contrário, exigir o predomínio dos homens, é adicionar um elemento animal; o desejo cego é semelhante a um animal e o predomínio da paixão transtorna os que ocupam as magistraturas, mesmo se forem os

Contudo, não há dúvida que o constitucionalismo que forjou as atuais democracias ocidentais identifica-se, especialmente, com um período e um ideário específico: as revoluções inspiradas em princípios democrático-liberais.[21]

A ideia moderna de Constituição, tributária das doutrinas do liberalismo político e econômico, orientou-se pela ideologia iluminista ocidental (cujas cinco ideias-força eram o Indivíduo, a Razão, a Natureza, a Felicidade e o Progresso)[22], de forma que a aceitação da

---

melhores homens. A lei é, pois, a razão liberta do desejo." (Cf. Aristóteles, *Política* [trad. port. e notas Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes], Lisboa, Vega, 1998, p. 259). Embora para Aristóteles a lei devesse prevalecer sobre qualquer domínio (inclusive o dos melhores homens), isso não significava distanciamento entre a lei positiva (justo positivo) e o justo natural, pois não são fontes antagônicas, mas complementares: a tarefa do legislador é exprimir e buscar a realização do fim natural e justo. De um lado, pois, o "império da lei", racionalmente esculpida em direção à natureza da cidade. De outro, o direito natural, transcendente à lei humana e seu norte. O constitucionalismo grego está intrinsecamente ligado a essa específica concepção de direito natural e sua relação com a lei humana. (Cf. Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno* [trad. port. Claudia Berliner de La formation de la pensée juridique moderne], 2ª ed., São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 47). Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca também a importância da obra de Cícero para a formulação da ideia de um direito natural superior, bem como de sua ampla difusão na Idade Média, cuja versão mais relevante é a doutrina de São Tomás de Aquino. (Cf. *Princípios*, cit., p. 17).

[18] Na formulação de Cícero, é "[...] a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo agregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum." (Cf. *Da República* [trad. port. Amador Cisneiros de *De Republica*], in *Os pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1985, p. 147). No mesmo sentido, cf. Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 27-28. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta, ainda, a doutrina do *pactum subiectionis* (obediência do povo ao monarca, mas com a observância de condições). (Cf. *Princípios*, cit., p. 19).

[19] Na Antiguidade greco-romana, comumente a ideia de divisão de poder estava ligada a uma divisão do trabalho, mas, em muitas ocasiões, serviu também à tentativa de estabelecer um equilíbrio de forças, bem assim bloquear determinados tipos de ações indesejadas, como são exemplos o governo misto e a divisão intraorgânica do poder com bloqueios recíprocos. (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 21). Para uma defesa da forma da república e do governo misto romano como forma de ordenação das relações de poder por ser a mais adequada à natureza conflituosa da política, ver Nicolau Maquiavel, *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio* (trad. port. Martins Fontes de Discorsi sopra la prima deca di Tito Lívio), São Paulo, Martins Fontes, 2007.

[20] Não é nova a ideia de que há leis de natureza diferente. Na Antiguidade Clássica, enquanto as constituições se referiam à ordem estabelecida entre os habitantes da cidade – conformação do governo, que é o elemento supremo de um regime –, as leis (comuns) tratavam das regulações tendentes a permitir a amizade entre os homens (fim natural da cidade), de acordo com o regime existente. Nessa senda é que Aristóteles, ao analisar a constituição de Sólon e lembrar os legisladores mais importantes, observa que "alguns foram apenas autores de leis; outros elaboraram constituições, como Licurgo e Sólon, que estabeleceram tanto leis como constituições". A distinção está marcada, ainda, de maneira clara, em outros trechos do Livro II, quando, por exemplo, Aristóteles observa que Drácon "adaptou a sua legislação à constituição existente" ou que "Pítaco também elaborou leis, mas não constituições". (Cf. Aristóteles, ob. cit., p. 113, 119, 127, 175, 179, 185, 207, 211). Cf., ainda, William Herman Newman, *The politics of Aristotle*, v. III, New York, Arno Press, 1973, p. 185 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 3.

[21] Conforme observa André Hauriou, "[l]e mouvement constitutionnel pousse, lorsqu'il est conduit à son terme, à la Démocratie ou, en tout cas, à une certaine forme de Démocratie." (Cf. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1966, p. 288). Cf., ainda, Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 13.

[22] Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 6-7. Para a concepção do Direito constitucional como um produto do Ocidente não apenas pela localização geográfica em que surge, mas também pela sua

figura do Estado foi condicionada a uma configuração de separação de poderes que evitasse abusos, tendo sempre como norte os direitos naturais e individuais do homem.

Assim, a grande inovação do constitucionalismo moderno, diretamente ligada às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, é a centralidade conferida à ideia de Constituição, com a específica aspiração de servir como instrumento de garantia de direitos e de limitação do poder.[23]

Isso se explica, em parte, pelo fato de que, no constitucionalismo antigo, a preocupação central nunca foi a liberdade individual, mas a igualdade frente a lei. Se na *polis* grega e na república romana os indivíduos não possuíam direitos invioláveis frente ao poder estatal, não havia porque estabelecer instrumentos de limitação deste.[24]

Evidentemente, a gestação dessa concepção moderna não respeita uma lógica evolutiva sincrônica, no tempo, e delimitada, no espaço, sendo possível identificar vários movimentos distintos ao redor da ideia constitucional.[25] No entanto, apesar de suas especificidades, os movimentos históricos, políticos e culturais se aproximam em alguns aspectos, permitindo compreender como constitucionalismo moderno a teoria de uma organização político-social que tem no princípio do governo limitado a forma de garantia de uma esfera de liberdade dos indivíduos, devidamente protegida na forma de uma declaração de direitos.[26]

O específico juízo de valor subjacente a essa compreensão foi a força legitimadora da Constituição moderna como um documento escrito ordenador da comunidade política

---

concordância com as tendências e temas fundamentais da civilização ocidental (principalmente, o individualismo, a crença no valor do diálogo e o racionalismo), cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 44 *et seq*.

23 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 11-13.

24 Cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (trad. esp. Alfredo Gallego Anabitarte de Verfassungslehre), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1970, p. 56.

25 Conforme observa Jorge Miranda, a própria "[...] variedade de qualificativos [Estado constitucional, de origem francesa, governo representativo, de origem anglo-saxónica, e Estado de Direito, de origem alemã] inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tônicos [...]" da forma de domínio político que sucedeu ao Estado absoluto. (Cf. *Manual de Direito Constitucional*, t. I, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 84).

26 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 51. Cf., ainda, Karl Loewenstein: "En una perspectiva histórica, el constitucionalismo ha sido la búsqueda del medio más eficaz para moderar y limitar el poder político, primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder. El hombre racional desconfia por naturaleza de todo poder ilimitado, y con toda razón. Si el fin más noble de la sociedad es alcanzar aquel estado que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde com los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación com aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político." (Cf. ob. cit., p. 68).

por meio de critérios racionais, com a declaração dos direitos dos membros da comunidade, e a instituição de instrumentos de limitação do poder político.[27] A Constituição moderna, portanto, avessa ao modelo de domínio político absoluto até então existente, consagrou o binômio limitação de poder/direitos individuais.[28]

A consagração desse binômio liberal é marcada, com precisão, pela afamada formulação do art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, atestando que: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".[29]

Assim, no constitucionalismo moderno, as ideias de "governo" e "Constituição" não coincidem exatamente. A Constituição não é simples ato do governo, mas, antes, o próprio povo constituindo um governo[30], em função de um ideário específico. Não é apenas um esquema de organização político-jurídica, mas um fato histórico-cultural produto de movimentos que comungam os ideais de declaração de direitos e limitação de poderes, ainda que as especificidades dos contextos nos quais se desenvolveram gerem modelos próprios com consequências distintas.[31] E, como único meio de alcançar os efeitos

---

[27] Cf. Rogério Ehrhardt Soares, O conceito ocidental de Constituição, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* ano 119, nº 3743, jun. 1996, p. 38-39. Cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 52 e 54-55.

[28] Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 51. No mesmo sentido, cf. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo:* percorsi della storia e tendenze attuali, Bari, Laterza, 2009, p. 1. Karl Loewenstein observa que a teoria da separação de poderes resultou do protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monárquico nos séculos XVII e XVIII, na tentativa (bem-sucedida, aliás) de destruir o poder absoluto e divino dos monarcas por meio do racionalismo liberal, identificando a liberdade individual com a separação de poderes. (Cf. ob. cit., p. 56).

[29] Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration> (Tradução livre do texto original em francês com o seguinte teor: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution."). Cf., a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso,* cit., p. 7; Eduardo Garcia de Enterria, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* 3ª ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 41; Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante,* cit., p. 13.

[30] Cf. Thomas Paine, O*s direitos do homem:* uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa (trad. port. Jaime A. Clasen de Rights of Men), Petrópolis, Vozes, 1989, p. 160.

[31] Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, "[...] um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de 'ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito'. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos 'ingleses' e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com 'freios' e 'contrapesos' feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um citoyen revolucionário [...] a constituição teria de transportar necessariamente a um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a 'ordem histórico-natural das coisas' que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista que porque a constituição, feita por um novo poder – o *poder constituinte* –, teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída". (Cf. ob. cit., p. 52-53).

desejados, esse conjunto de ideias vem acompanhado da imprescindibilidade de sua inscrição em um documento escrito e formal.

Insta salientar que, nesse momento histórico, bastava a existência da Constituição para assegurar os direitos e limitar o poder, independentemente de qualquer outra providência concreta no sentido de garanti-la.[32] Como a Constituição não é governo, mas ato do povo que forma o governo, todos os atos de governo estão limitados por essa Constituição, ou seja, o governo constitucional é, por definição, aquele intrinsecamente limitado. E essas limitações são fundamentais não apenas no sentido de que são básicas, essenciais ou indispensáveis, mas, principalmente, no sentido de que não poderiam ser modificadas pelos procedimentos jurídicos comuns.[33] Aberto está o caminho para a consagração da Constituição como o instrumento fundamental para o controle do processo do poder. [34]

Destarte, seja fruto de uma concepção filosófico-doutrinária (como parece ter ocorrido na França), seja resultado de uma experiência concreta (como parece ser o caso dos Estados Unidos), constata-se que, a partir de então, as Constituições escritas, que, conscientemente, criam, definem e limitam o governo, são a regra geral nos Estados democráticos ocidentais.[35-36]

---

[32] Cf. Cristina Queiroz, *Interpretação constitucional e poder judicial:* sobre a epistemologia da construção constitucional, Coimbra Editora, 2000, p. 10. Rogério Ehrhardt Soares enfatiza que nesse período de consagração e triunfo do constitucionalismo, "[a] constituição volve-se, assim, numa palavra mágica que, ao encarnar, abrirá o reino da felicidade. Cada constituição não será apenas mais uma constituição – é a constituição autêntica, acima das outras, que não passaram de tentativas falhadas de captar os princípios imutáveis que regem os homens. Há aqui qualquer coisa que lembre a moça namoradeira, que em cada novo amante acredita ter encontrado o único, verdadeiro e definitivo amor de sua vida." (Ob. cit., p. 69).

[33] Cf. Cf. Charles Howard McIlwain, Ob. cit., p. 34.

[34] Cf. Karl Loewenstein, Ob. cit., p. 149.

[35] A consagração da Constituição como documento escrito não se discute. Dentre os países de tradição ocidental, os exemplos são apenas Reino Unido, Nova Zelândia e Israel. (Cf. Ran Hirschl, *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism, Massachusetts, Harvard University Press, 2004, p. 2, e Arend Lijphart, *Modelos de democracia:* desempenho e padrões de governo em 36 países [trad. port. Roberto Franco de Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-six Countries], Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003, p. 248). No entanto, a ideia de Constituição escrita dividiu opiniões por ocasião de seu surgimento, desde o absoluto desprezo à prescrição de uma suposta receita, passando pela crítica ao seu falseamento político, até a exaltação como uma construção consciente e antecedente ao governo, cuja inobservância gera um ato de poder sem direito. (Cf. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo,* cit., p. 12, e Thomas Paine, *Os direitos,* cit., p. 160).

[36] Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 27. Embora o termo "constitucionalismo" remeta, hodiernamente, a uma ordem política democrático-constitucional, nem sempre foi assim, demonstrando que essa relação não é necessária. A mera existência de preceitos formais que regulem as relações entre governantes e governados não faz com que uma determinada ordem seja democrática. Tanto a Inglaterra quanto as monarquias que surgiram por influência da Revolução Francesa inegavelmente possuíam um governo constitucional no sentido moderno (binômio limitação de poderes-direitos individuais), mas não eram regimes democráticos tal

Enfim, com base nesse contexto é que Canotilho propõe três modelos de compreensão para o constitucionalismo moderno em função de dois vetores de análise: fundação/legitimação do poder político e constitucionalização das liberdades. O primeiro modelo, historicista, referencia o constitucionalismo inglês. O segundo, estadualista, remete ao constitucionalismo americano. O terceiro, individualista, fornece um esquema interpretativo do constitucionalismo francês.[37] Acrescenta-se, aqui, uma quarta matriz, denominada europeia. Se segue a francesa quanto ao constitucionalismo, sua consideração, apartadamente, justifica-se por configurar um específico modelo de controle de constitucionalidade.

1.2 A matriz inglesa

A conhecida exaltação da Constituição inglesa dá conta de que "ela não foi feita, cresceu"[38], isto é, não foi resultado de teorias abstratas, mas da evolução construtiva das instituições políticas, ao longo do tempo, pelos próprios ingleses.[39]

Tal natureza histórica possibilitou que o constitucionalismo inglês oferecesse mais contribuições ao Direito Constitucional clássico[40], de forma que sua aparência de exceção no constitucionalismo ocidental moderno, por não portar uma Constituição escrita, é mais aparente que real. [41]

Em primeiro lugar, a manutenção de uma Constituição não escrita na Inglaterra deve-se a eficazes limitações ao governo, que se desenvolveram paulatinamente desde os tempos medievais. O forte consenso quanto aos princípios essenciais e a inexistência de verdadeira ameaça a eles simplesmente nunca justificaram seu registro em um documento

---

qual se concebe hoje em dia. A ideia de democracia constitucional, alcançada com a efetiva participação popular no processo político, é, portanto, posterior ao constitucionalismo. Como observa Karl Loewenstein, o constitucionalismo moderno se apresenta como uma etapa intermediária entre o absolutismo tradicional monárquico e a moderna democracia constitucional. (Cf. ob. cit., p. 89-90).

37 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 55.

38 "[…] it [the Constitution] 'had (as we have all heard from our youth up) not been made but had grown […]'". (Cf. Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10ª ed., London, Macmillan, 1962, p. 2).

39 Cf. Albert Venn Dicey, ob. cit., p. 3. Cf., ainda, Georges Vedel, ob. cit., p. 33.

40 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 32.

41 Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 27.

formal.[42] Assim, o mero fato de as normas não serem escritas não as torna menos constitucionais que aquelas inscritas nas Constituições francesa e estadunidense.

Em segundo lugar, os princípios e instituições essenciais da Inglaterra também foram encarados como dotados de algum grau de fundamentabilidade, demonstrando que sua Constituição não se distancia tanto de uma Constituição escrita como indicam as definições flexível e rígida que se dirigem, respectivamente, a uma e outra.[43]

A falta de uma Constituição escrita, no Reino Unido, faz com que as questões constitucionais sejam, frequentemente, fruto de debate sobre a interpretação de princípios gerais ou precedentes políticos que os comentadores considerem gozar de "importância constitucional". Essa dificuldade – típica das Constituições não escritas – decorre tanto da dificuldade de descrever tradições (pois padrões de comportamento podem se alterar enquanto as tradições estão sendo identificadas) quanto do fato de que as próprias tradições podem esconder mudanças internas nas práticas constitucionais.[44]

Nesse contexto, a principal contribuição do constitucionalismo inglês centra-se, por um lado, na ideia de direitos adquiridos devidamente regulados em documentos de estrutura contratual, e, por outro, na sedimentação, desde a Magna Carta de 1215, de mecanismos jurídicos capazes de atender a esse novo estatuto: processo justo regulado por lei (*due processo of law*) para privação da liberdade e da propriedade[45]; a interpretação dinâmica pelos juízes das leis do país (*laws of the land*) a partir das leis escritas (*statute law*), dos costumes e das tradições, formando, paulatinamente, o direito comum dos ingleses (*common law*), eminentemente jurisprudencial[46]; representação política e soberania parlamentar, como instrumentos capazes de performar um governo moderado.[47]

---

42 Cf. Arend Lijphart, ob. cit., p. 247. Charles McIlwain observa que mesmo a Revolução Gloriosa de 1688, apesar de toda sua importância, não representou mudança estrutural nos princípios e instituições essenciais que impusesse a elaboração de uma Constituição escrita. É verdade que o Bill of Rights, de 1689, o Triennal Act, de 1694, e o Act of Settlement, de 1701 eram considerados sob o mesmo ponto de vista de essencialidade, à época, mas se compreendeu como suficiente sua veiculação por leis ordinárias. (Cf. ob. cit., p. 28).

43 Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 28-29.

44 Cf. Geoffrey Marshall e Graeme C. Moodie, *Some problems of the Constitution*, London, Hutchinson, 1959, p. 11-13.

45 "O fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade." (Cf. John Locke, *Dois tratados sobre o governo civil* [trad. port. Julio Fischer de Two treatises of government], São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 495).

46 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 15.

47 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 55-56.

A Constituição inglesa é vista como o melhor exemplo de governo moderado, o único capaz de assegurar a liberdade política, isto é, "[...] o direito de fazer tudo que as leis permitem [...]". Para Montesquieu, o sistema de organização dos poderes legislativo e executivo ali presente previne os abusos contra a liberdade, pois o poder controla o poder.[48]

O longo processo de sedimentação das tradições (incluindo a Constituição) é, para alguns, o que confere maior estabilidade e, até mesmo, honorabilidade às instituições inglesas.[49] Uma transformação lenta e prática que possibilitou a passagem do mundo feudal para um governo constitucional[50], isto é, conforme a estrutura e os princípios vigentes na comunidade política[51], sem a necessidade de uma revolução propriamente dita.

1.2.1 Soberania do Parlamento

O Parlamento inglês é o primeiro modelo de organismo representativo. Gestado, no específico quadro feudal inglês do século XI, a partir de órgãos de conselho dos vassalos aos suseranos (e, posteriormente, ao rei), adquiriu certa regularidade no século XII formado por barões e prelados, sob a denominação de *Magnum concilium*.[52]

No século XIII, juntaram-se representantes dos condados, dos burgos e do clero. Com a renúncia do clero à representação no Parlamento, as quatro categorias restantes se organizaram em pares: prelados e barões formando a Câmara dos Lordes e representantes dos condados e burgos a Câmara dos Comuns.[53]

Inicialmente com prevalência da Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns logo se equiparou em função do direito de petição e de manifestação sobre a instituição de

---

48 Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis* (trad. port. Cristina Murachco de L'esprit des lois), São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 166-167.

49 "Fazem-se piadas sobre políticos na Inglaterra como em qualquer outra parte, mas a nota de desprezo e desconfiança que é patente em alguns países encontra-se aqui ausente." (Cf. Sir William Ivor Jennings, *A Constituição britânica* [trad. port. Carlos Alberto Lamback de The British Constitution] Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 53).

50 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 32.

51 Cf. Alberto de Barros, Revolução Inglesa e constitucionalismo, in Leonardo Avritzer *et. al.* (orgs.), ob. cit., p. 159.

52 Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel,* cit., p. 199-201.

53 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 33-34. Cf., ainda, André Hauriou, *Droit constitutionnel,* cit., p. 201-202.

impostos.[54] A participação das Câmaras na produção da legislação por meio do assentimento às leis editadas pelo rei permitiu, no século XV, que o Parlamento, ao lado do monarca, redigisse projetos de lei. No entanto, a ampla discricionariedade do rei quanto ao poder de veto e quanto à possibilidade de dispensar a aplicação da lei conferia-lhe um poder em demasia que, ao direcionar para monarquia absoluta, provocou a insurgência do Parlamento – primeiramente, com a Guerra Civil inglesa, em 1649, que instaurou a república e, depois de reinstalada a monarquia, com a Revolução Gloriosa, em 1688 –, quando, definitivamente, se impôs frente ao rei, monopolizando o Poder Legislativo.[55]

A soberania do Parlamento é a principal característica da Constituição inglesa. Basicamente, significa que o Parlamento – compreendendo a Rainha, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes[56] – tem o direito de editar e revogar qualquer lei, sem que nenhum outro órgão possa afastar ou se recusar a aceitar essa legislação.[57] A ideia de um governo misto de monarquia, aristocracia e democracia (rei, lordes e comuns) seria a principal garantia dos súditos contra um governo arbitrário e absoluto.[58]

John Locke, arguto observador da política inglesa desde a morte de Oliver Cromwell e a Restauração dos Stuarts até a Revolução Gloriosa, defendeu a autoridade legítima de um corpo de leis como a única forma de garantir o equilíbrio e a tranquilidade,

---

54 Cf., a propósito, Alberto de Barros, ob. cit., p. 160 e 162. Observa o autor que a *Petition of Right* de 1628 (que incluía a ilegalidade contra prisões arbitrárias e a impossibilidade de instituição de tributos sem o consentimento parlamentar) foi imposta pelo Parlamento e aceita por Carlos I com a expectativa de ver aprovados tributos para custear gastos de uma guerra contra a França.

55 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 34-35. Cf., ainda, André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 202, e Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 14ª ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986, p. 255-256.

56 Sir Walter Bagehot nega uma autoridade separada à Rainha, em coordenação com a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, no exercício da soberania britânica. Tal autoridade somente se materializaria no poder de veto real, o qual, porém, não mais existe. (Cf. *The English Constitution*, 2009, p. 110-111, Disponível em <https://www.gutenberg.org/files/4351/4351-h/4351-h.htm>). Adrian Vermeule observa que o ultimo veto real efetivamente exercido data de 1708, o que teria levado à atrofia do instituto impossibilitando seu uso atual. (Cf. The Atrophy of Constitutional Powers, in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 3, 2012, p. 424, Disponível em <http://ojls.oxfordjournals.org/content/32/3/421.full.pdf+html>).

57 "A law may, for our present purpose, be defined as 'any rule which will be enforced by the courts.' The principle then of Parliamentary sovereignty may, looked at from its positive side, be thus described: Any Act of Parliament, or any part of an Act of Parliament, which makes a new law, or repeals or modifies an existing law, will be obeyed by the courts. The same principle, looked at from its negative side, may be thus stated: There is no person or body of persons who can, under the English constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament, or which (to express the same thing in other words) will be enforced by the courts in contravention of an act of Parliament." (Cf. Albert Venn Dicey, ob. cit., p. 39-40).

58 Cf., a propósito, Alberto de Barros, ob. cit., p. 163.

mostrando-se um constitucionalista ao separar poder secular e poder divino e pressupor a origem popular do poder político.[59-60]

De acordo com Locke, ao consentirem com o pacto social, os indivíduos renunciam ao poder de executar as leis de natureza, confiando no corpo de leis instituído na sociedade. Se a garantia da propriedade com paz e segurança repousa nas leis estabelecidas, consequentemente, a primeira lei fundamental é aquele que estabelece o Poder Legislativo, poder supremo, sagrado e inalterável da sociedade política.[61]

Os indivíduos conservam, porém, o direito de resistência, isto é, o direito de se insurgirem, legitima e justificadamente, contra o governo civil, no caso de quebra dos termos consentidos no pacto pelo povo. Assim, muito embora não se possa deduzir da obra de Locke a soberania do povo[62], inegavelmente permanece nele o poder supremo de remover ou alterar o legislativo, quando viola a confiança que lhe foi depositada[63], pois é aceitação do povo que lhe confere legitimidade.[64] Portanto, enquanto subsistir a confiança do povo no governo, a supremacia do legislativo é total.[65]

Assim, o Parlamento tornou-se o guardião das liberdades dos ingleses, conservando-as fora do âmbito de arbítrio do monarca, pois não eram concessões unilaterais, mas verdadeiros direitos derivados de acordos recíprocos entre rei e súditos, ao longo da história, declarados e confirmados por documentos históricos.[66]

Na prática, a Revolução Gloriosa e a subsequente edição do *Bill of Rigths*, restringindo os poderes da Coroa[67], marcaram a posição de supremacia do Parlamento.

---

59 Cf. Peter Laslett, Locke, o homem, e Locke, o escritor, in John Locke, ob. cit., p. 27-28.

60 "[P]oder político é o direito de editar leis com pena de morte e, consequentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão-somente o bem público". (Cf. ob. cit., p. 381).

61 Cf. ob. cit., p. 502-503.

62 Cf. Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 94.

63 Cf. John Locke, ob. cit., p. 518.

64 Cf. John Dunn, *The Political Thought of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, p. 146.

65 Cf. John Locke, ob. cit, p. 519. Conforme observa John Dunn: "Errors and incidental injustices which they [the rulers] may perpetrate will be accepted placidly by their subjects. Only the destruction of the climate of trust will threaten their effective control and this destruction can only be caused by their gross misconduction. If, however, it is destroyed, the people will sooner or later resist. How often such resistance takes place depends upon the moral quality of the behavior of the rulers." (Cf. ob. cit., p. 183).

66 Cf. Alberto Barros, ob. cit., p. 160-161.

67 Com o apoio de Guilherme de Orange na luta contra o rei católico Jaime II e a fuga deste para a França, o Parlamento declarou vago o trono e ofereceu-o ao príncipe holandês, com a condição de que aceitasse o

Diferentemente da Guerra Civil inglesa – que terminou, em 1649, com a condenação à morte do rei Carlos I, a extinção da Câmara dos Lordes e a instauração da república –, após a Revolução Gloriosa, subsistiu a monarquia na titularidade dos poderes executivos, mas com poderes limitados frente ao Parlamento.[68]

Para além da ideia abstrata do constitucionalismo de que a existência de um poder acima da vontade real era, por si só, suficiente para limitar o arbítrio e garantir os direitos dos súditos, emerge o controle político concreto por parte do Parlamento.

1.2.2 A garantia da British Constitution: tradição e política

No plano positivo, a ideia de soberania do Parlamento implica a possibilidade de fazer ou desfazer qualquer lei, independentemente de seu conteúdo, ou seja, não há limites substantivos para o *statute law*. No plano negativo, a teoria impossibilita que qualquer corte inglesa invalide um ato do Parlamento.[69]

Ocorre que, no parlamentarismo inglês, o Gabinete está organicamente ligado à maioria da Câmara dos Comuns, podendo-se dizer, sem grande controvérsia, que a Inglaterra é governada pelo partido político que detém a maioria dos parlamentares nesta Câmara e que, consequentemente, compõe o Gabinete.[70] Mas, sem um efetivo controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, por que o regime não deságua em algum tipo de ditadura ou opressão dessa maioria parlamentar?

Na ideia clássica da *rule of law*, a legitimidade e a supremacia da legislação repousam em seu caráter democrático. Os padrões de justiça do processo democrático e seu

---

controle do Parlamento. (Cf. Alberto de Barros, ob. cit., p. 166). Thomas Paine considera que o *Bill of Rights* nada mais é que uma barganha entre as partes do governo para dividir poderes e privilégios e que o Parlamento é apenas uma reunião de um grupo de pessoas que se autoinvestiu sem autoridade, não podendo ser compreendido dentro de um ideal de Constituição. (Cf. ob. cit., p. 167).

68 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, 2010, p. 258-259.

69 Cf. Ian Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights:* a critical introduction, 5ª ed., New York, Oxford University Press, 2009, p. 23-24.

70 Na Inglaterra, Gabinete não se confunde com Ministério. Este é todo o conjunto de responsáveis ante o Parlamento pelas políticas desenvolvidas, incluindo ministros, secretários de Estado, subsecretários etc. Aquele é o centro do Ministério, composto pelo Primeiro Ministro e pelos membros mais próximos a ele. (Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 339).

compartilhamento pela política moral dos juízes levam à observância da vontade popular contida na legislação.

André Hauriou, ao elencar o temperamento político inglês como fator do desenvolvimento exitoso do governo representativo na Inglaterra, indica o sentido de compromisso dos ingleses e o apreço pelas posições médias como meio efetivo de evitar vantagens extremas ou soluções que contrariam o bom senso.[71]

Mas, além disso, o poder político na Inglaterra é contido (1) pelas próprias instituições que foram capazes de assegurar a manutenção do temperamento tradicionalista inglês e, principalmente, (2) pelo importante papel conferido à oposição, que não é apenas um fato, mas uma verdadeira instituição, cujo papel é consagrado oficialmente.[72]

Como essas tradições, que orientam as ações e limitações do Parlamento, estão protegidas por convenções estáveis – na prática, tão invariáveis quanto o próprio Direito –, não há necessidade, de um lado, e espaço, de outro, para a imposição de restrições jurídicas ao Parlamento enquanto elas perdurarem.[73]

No entanto, as virtudes da democracia, por si só, não são capazes, racionalmente, de aceitar qualquer ato do Parlamento independentemente de seu conteúdo, como, por exemplo, aqueles que violam importantes direitos civis. Assim, T. R. S. Allan aponta também para o *common law* como fundamento da soberania parlamentar: o Parlamento é soberano porque, na aplicação prática do direito, é admitida sua legalidade e supremacia.[74]

Mas, embora o reconhecimento dessa supremacia se dê pela admissão da regra sistêmica implícita de que um *statute* é uma fonte jurídica superior capaz de derrogar uma regra do *common law*, isso não significa dizer que os *statutes* são absolutamente ilimitados. Na prática, eles conformam-se pelo seu próprio conteúdo, o qual é interpretado pelos juízes na aplicação do *common law*.

---

[71] Cf. *Droit constitutionnel*, cit., p. 200-201. O autor indica, ainda, a vinculação entre o mundo terreno e mundo espiritual como parte da fundamentação da coesão nacional na Inglaterra. A Igreja Anglicana, que determina o comportamento espiritual geral, é chefiada pelo rei da Inglaterra e o Parlamento detém algum poder de participação, comunicando esferas temporal e espiritual. (*Droit constitutionnel*, cit., p. 588).

[72] Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 354-356.

[73] Quando, no entanto, essas convenções perdem sua efetividade, são suplantadas por leis ou simplesmente desaparecem. (Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 30-31). Ver, a propósito, Adrian Vermeule, ob. cit.

[74] Cf. *Law, liberty, and justice:* the legal foundations of British constitutionalism, Oxford, Clarendon, 1993, p. 10-11.

O fundamento da decisão do juiz Edward Coke, no *Dr. Bonham's case*, embora não tenha sido incorporado na Inglaterra do século XVII no contexto da Revolução Gloriosa que elevou o *status* do Parlamento[75], em alguma medida se extrai do Direito aplicado pelos juízes e cortes, com a ideia de que o "*common law*, expressão de um direito imemorial, de certo modo prevalece sobre qualquer lei".[76]

Dessa forma, os *statutes* não poderão ser estabelecidos em completa desarmonia com os princípios do *common law*[77], no qual estão integrados também os princípios fundamentais da ordem constitucional. Caso isso ocorra, a tendência é que os juízes exerçam sua atividade interpretativa com base nos valores e princípio de justiça do *common law*, que estão incorporados pela sociedade não como uma regra de certeza científica, mas de experiência prática. E, ainda que não seja possível deixar, peremptoriamente, de aplicar um *statute*, sua interpretação judicial pode, na prática, defender os direitos individuais.[78-79]

A garantia da Constituição se dá, então, na interface entre a precedência da legislação frente ao *common law*, sobretudo com o incremento dos processos democráticos e da ordem legal, e a noção do *common law* como um aparato em contínua evolução na proteção dos valores básicos da sociedade.

Assim, de um lado, a distribuição igual da opinião pública e a alternância de poder entre os partidos políticos, colocando-os em equilíbrio, e, de outro, a tolerância tradicional

---

75 Cf. Robert K. Carr, *The Supreme Court and judicial review*, New York, Farrar and Rinehart, 1942, p. 42.

76 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 56-57.

77 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 57.

78 Cf. T. R S. Allan, ob. cit., p. 10-13 e 17. Evidentemente, subsiste a controvérsia sobre a legitimidade e os limites de tal interpretação e o objetivo aqui não é encontrá-lo. Para T.R.S. Allan, a aceitação da soberania do Parlamento pelos juízes deve ser racional. Nessa linha, propõe algo como que uma "doutrina das questões políticas": "On some questions Parliament must have full authority. It is not the court's function to formulate conceptions of the public interest in opposition to legislative requirements. In supervising the execution of public policy in particular cases, however, the judicial function must rely on constitutional principles which are accepted for their intrinsic value, and not because they have legislative approval – unless such approval is purely notional, and therefore mainly fictious." (Cf. ob. cit., p. 18).

79 Trata-se do que parte da doutrina em língua inglesa denomina *weak judicial review*. Enquanto nos sistemas de *strong judicial review* juízes e/ou tribunais possuem autoridade para negar a aplicação de uma lei a um caso concreto ou para modificar seus efeitos, em sistemas de *weak judicial review*, autoridades judiciais podem interpretar a legislação em conformidade com os direitos individuais, mas não podem rejeitar sua aplicação nem mesmo modificá-la. (Cf. Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, apr. 2006, p. 1354-1355, Disponível em <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>), e Mark Tushnet, State action, social welfare rights, and the judicial role: some comparative observations, in *Chicago Journal of International Law*, v. 3, n. 2, 2002, p. 446-448, Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil3&div=38&g_sent=1&collection=journals>).

desenvolvida pelo povo inglês, com a manutenção firme de suas posições, mas sempre admitindo que o desacordo moral é legítimo (e, portanto, oferecendo espaço para a demonstração das ideias opostas), conferem um específico espírito ao sistema político inglês que lhe permite prescindir de um controle jurisdicional de constitucionalidade de leis. O Parlamento (mais especificamente, a Câmara dos Comuns, na qual repousam o Poder Legislativo e a representação popular) é dotado de plena capacidade para, legítima e democraticamente, ser o guardião da *British Constitution*.

1.3 A matriz estadunidense: "Nós, o povo"

O constitucionalismo estadunidense se justifica como uma matriz distinta de análise porque se aproxima e se afasta, simultaneamente, das conformações francesa e inglesa. De um lado, em virtude da independência, as treze colônias inglesas, ao se unirem, necessitaram adotar uma Constituição escrita na qual colocaram seus princípios essenciais. De outro, a relativa estabilidade institucional herdada dos ingleses (ainda que menos firmemente que na metrópole) e seu reflexo no documento escrito evitaram rupturas constitucionais e o advento de sucessivas codificações, tal qual ocorreu na França, com transição mais brusca e Constituição mais doutrinária.

Os norte-americanos viveram sob o manto do constitucionalismo inglês. Como os colonos ingleses trouxeram a tradição da *British Constitution*, não tinham um monarca para limitar ou derrubar. Ainda assim, como os franceses, precisaram romper com a ordem política anterior para instaurar sua própria. Esse desejo de autodeterminação – com ruptura, mas mais branda que a francesa – caracteriza o constitucionalismo norte-americano.

Nas colônias inglesas, não mais bastavam os princípios fundamentais vigentes na Inglaterra. No além-mar, a soberania do Parlamento transformou-se em onipotência[80], impulsionando o anseio por novos direitos e liberdades e a necessidade do estabelecimento de um novo tipo de acordo fundado em outros princípios fundamentais. Apenas a *rule of*

---

[80] Ao fazer um prognóstico para a Constituição e para o Parlamento da Inglaterra, Charles McIlwain observava que, tal qual ocorreu contra o rei, seria possível uma revolução contra um Parlamento que ultrapassasse os limites do justo e do legítimo. Isso era pouco provável, porém, porque as mudanças políticas internas (em grande parte, decorrentes da ampliação do sufrágio) levavam a transformações antes de revoluções. (Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 32-33).

law não bastava, pois era justamente a lei que oprimia. Fazia-se necessário, pois, algo superior à lei.

O contexto, porém, não era revolucionário. Pelo menos não no sentido do pensamento político tradicional, como ruptura violenta da ordem vigente em favor da implantação de um novo arranjo de princípios. A Revolução Americana consolidou uma específica conformação de horizontalidade e soberania na política que extraía sua base de sustentação de práticas vindas da metrópole, mas reorganizadas nas colônias.[81]

O constitucionalismo norte-americano possibilitou, então, que o "povo" tomasse as decisões políticas fundamentais. Em função de conhecer não a opressão do monarca absoluto, mas a do Parlamento, tais decisões deveriam constar de um texto escrito e superior à lei que pudesse ser oposto – quando e se necessário – aos governantes que as violassem. Essa Constituição emergiu, portanto, como uma mudança da sociedade quanto às estruturas legais e políticas que a regiam, porque não mais havia consentimento sobre elas.[82] A consequência foi um governo limitado e protetor dos direitos individuais.[83]

Não se trata, pois, de um pacto entre povo e governo. Não existia governo com o qual pactuar. A América apresenta-se como se ali começasse o mundo e as pessoas estabelecem um pacto por meio do qual criam e constituem um governo para si, cuja confiança pode sempre ser retomada pelo povo.[84]

Nesse contexto é que, ao formarem um único Estado, as treze colônias norte-americanas decidiram estabelecer uma Constituição escrita que contemplasse (1) uma diferença fundamental entre o governo de um povo e sua Constituição, independentemente de se tratar de um rei ou de uma assembleia; (2) a Constituição como anterior ao governo; (3) a autoridade nas mãos do povo, que a outorga a seu governo com limitações; (4) o exercício de autoridade além dos limites da Constituição como fora do Direito; (5) a inexistência de efetiva distinção entre Constituição e governo como negativa da existência da primeira (pois sem controle, há apenas o despotismo) e, finalmente; (6) a noção (ainda incipiente) de sanção jurídica aos atos do governo contrários à Constituição.[85]

---

[81] Cf. Leonardo Avritzer, Revolução Americana e constitucionalismo, in Leonardo Avritzer *et al.* (orgs.), ob. cit., p. 169.

[82] Cf. Ian Loveland, ob. cit., p. 22.

[83] Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 58-59.

[84] Cf. Thomas Paine, ob. cit., p. 161 e 163.

[85] Cf. Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 22-24.

Diferentemente dos modelos inglês e francês, a centralidade não está na lei, mas na Constituição, o que, por consequência, eleva esta para além da categoria de carta política, isto é, mero documento representativo do novo contrato social que desaloja o monarca absoluto. A Constituição é parâmetro a ser observado e, posteriormente, ao permitir que a interpretação judicial também a alcance, dá nova conformação ao *common law*.

Duas consequências decorrem desse compromisso constitucional. A primeira foi o estabelecimento de um dificultoso processo de alteração formal da Constituição.[86] A república instalada nos Estados Unidos possibilitou que as instituições jurídicas se mantivessem quase que inalteradas por grande período de tempo, sendo as grandes modificações de ordem econômica e social.[87] A soberania é etérea; descansa, efetivamente, no povo apenas na produção da Constituição por seus representantes. Após sua promulgação, nem mesmo os representantes possuem reais condições de modificá-la[88], atando o povo às configurações concertadas por uma elite.

A segunda consequência, diretamente ligada à primeira, relaciona-se à criação de um processo de revisão judicial da constitucionalidade das leis. Para que esses pré-comprometimentos sejam mantidos é necessário que as leis ordinárias não os violem. A solução norte-americana – institucional, mas não constitucional – foi atribuir a tarefa de garantir a compatibilidade da legislação com a Constituição ao Poder Judiciário.

Assim, o sistema estadunidense de controle de constitucionalidade – o *judicial review* – surge do famoso caso *Marbury v. Madison*, que, a despeito do específico contexto histórico-político no qual estava inserido, possui um interesse universal na teoria constitucional quanto à supremacia constitucional e o poder do juiz na defesa das garantias constitucionais no Estado de Direito.[89]

Mas, a compreensão das bases em que fundado esse poder, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, é imprescindível para entender seu alcance e as modificações que introduziu na lógica da supremacia constitucional, o que depende do conhecimento de alguns fatos da história política da virada dos séculos XVIII e XIX.

---

86 Cf. Leonardo Avritzer, ob. cit., p. 172.

87 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 32.

88 Cf. Leonardo Avritzer, ob. cit., p. 172.

89 Cf. Miguel Carbonell, *Marbury* versus *Madison:* regreso a la leyenda, Disponível em <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/08/doctrina05.pdf>.

1.3.1 Origem e bases do judicial review*: uma defesa da "tese federalista"*

Na eleição presidencial de 1800, o presidente federalista John Adams perdeu a reeleição para o republicano Thomas Jefferson. Contudo, antes de entregarem o poder, em 04 de março de 1801, os federalistas conseguiram criar diversos novos cargos no Poder Judiciário federal e no Distrito de Columbia (lei formalmente denominada *Circuit Court Act* e apelidada pelos republicanos *Midnight Judges Act*)[90], nos quais comissionaram seus correligionários.

Nos 42 cargos para juiz de paz no Distrito de Columbia, John Adams indicou 42 federalistas, o Senado confirmou as indicações e as comissões estavam assinadas e seladas. No entanto, o Secretário de Estado, John Marshall, não conseguiu entregar algumas delas aos indicados até o fim do mandato de Adams. Quando Thomas Jefferson assumiu o poder, seu novo Secretário de Estado, James Madison, entregou a maioria dessas comissões, mas foi instruído a não entregar algumas. Dentre os não contemplados, estava William Marbury.[91]

Assim, com base na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, por meio de um *writ of mandamus*, Marbury requereu, em dezembro de 1801, que a Suprema Corte ordenasse ao Secretário de Estado Madison que entregasse sua comissão. O caso foi decidido em 1803.

Ocorreu, porém, que, antes disso, em dezembro de 1800, vagasse a cadeira de *Chief Justice* que era ocupada por Oliver Ellsworth. Sendo a indicação do novo *Chief Justice* incumbência do presidente, John Adams, prevendo a derrota eleitoral para os republicanos, houve por bem indicar um federalista dedicado para o cargo. Primeiramente, ofereceu-o a John Jay – que já havia sido o primeiro a ocupá-lo, de 19 de outubro de 1798 a 29 de junho de 1795 –, mas ele recusou, em janeiro de 1801, por considerar que faltava à Suprema Corte "*energy, weight, and dignity*"[92]. Então, após se imaginar que Adams estava considerando dois dos *associate justices*, William Cushing e William Paterson,

---

90 Cf. William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York: Knopf, 2001, p. 27.

91 Cf. Edward S. Corwin e Jack W. Peltason, *Understanding the Constitution*, 3ª ed., Holt, Rineheart and Winston, 1965, p. 30.

92 Cf. Robert S. Barker, "I do solemnly swear": a historical perspective on the nomination, confirmation, and appointment of justices to the U.S. Supreme Court, in *Issues of democracy*, Washington, eJournal USA, April 2005, p.14, Disponível em <http://www.america.gov/media/pdf/ejs/0405.pdf>.

inesperadamente, John Marshall, seu secretário de Estado, foi indicado[93] e prestou seu juramento em 04 de fevereiro de 1801, permanecendo no cargo até 06 de julho de 1835.[94]

Portanto, em um período de hostil divisão entre federalistas e republicanos, quando o federalista William Marbury teve seu *writ of mandamus* julgado pela Suprema Corte, em fevereiro de 1803, o *Chief Justice* era o federalista John Marshall, ex-secretário de Estado do presidente federalista John Adams, e os demais *associate justices* haviam todos sido nomeados pelos federalistas. Parecia que Marbury teria sua comissão.

E, em tese, a Corte reconheceu, em uma decisão do *Chief Justice* John Marshall, com a qual todos os juízes concordaram, que Marbury tinha direito à comissão (pois o ato de indicação se completava e estava apto a produzir efeitos com a assinatura do presidente na comissão) e que havia amparo legal para sua reclamação (afinal, os Estados Unidos eram um governo de leis e não de homens e, no caso, não se tratava de uma medida discricionária, mas de um dever imposto).[95]

No entanto, de acordo com a decisão de Marshall, a Suprema Corte não tinha competência para o *mandamus*, uma vez que esta estava fundada em lei (Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789) enquanto o Artigo III, Seção 2 da Constituição limitava, expressamente, a jurisdição *original* da Suprema Corte apenas aos casos afetos a embaixadores, outros representantes diplomáticos e cônsules, e aos casos nos quais um Estado é parte[96], de modo que, em todos os demais casos, sua jurisdição seria apenas de *apelação*.

Ante a categórica disposição da Constituição, admitir que o Congresso pudesse modificar a competência da Suprema Corte significaria dizer que a distribuição de jurisdição, feita na Constituição, é "forma sem substância"[97]. Diante disto, ao ampliar a competência da Suprema Corte para além do que a Constituição previra, a Seção 13 do *Judiciary Act* foi declarada inconstitucional.

---

93 Cf. William H. Rehnquist, ob. cit., p. 24-25.

94 Para as datas, cf. <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>.

95 Cf. William H. Rehnquist, ob. cit., p. 29-30.

96 Cf. Edward S. Corwin e Jack W. Peltason, ob. cit., p. 30.

97 Cf. Marbury v. Madison 1 Cranch 137 (1803), p. 174. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO>.

Os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade que, daí em diante, seriam a base do sistema estadunidense de controle judicial de constitucionalidade estão bem detalhados na decisão proferida por Marshall.

Quanto à supremacia da Constituição, observa o *Chief Justice* que ela é escrita, justamente, para que as limitações impostas ao legislador não sejam esquecidas ou mal interpretadas:

> Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que tais limites não sejam mal interpretados ou esquecidos, a Constituição é escrita. Com que propósito os poderes são limitados, e com que propósito a limitação é escrita, se estes limites podem ser ultrapassados, a qualquer momento, por aqueles que pretendem restringir? A distinção entre um governo com poderes limitados e ilimitados é abolida se aqueles limites não contêm as pessoas sobre as quais são impostos, e se atos proibidos e atos permitidos são de igual obrigação. É uma proposição muito evidente para ser contestada que a Constituição controla qualquer ato legislativo contrário a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição por um ato ordinário.
>
> Entre estas alternativas não há meio termo. A Constituição ou é superior, lei-parâmetro, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como outros atos, é alterável quando a legislatura entender por alterá-la.
>
> Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas do povo para limitar um poder que por sua própria natureza é ilimitável. [98]

O fundamento – que não constava explicitamente da Constituição estadunidense de 1787 – para que a lei contrária à Constituição não tenha efeito deriva do fato de ser o documento escrito, princípio essencial da sociedade estadunidense, o que seria confirmado e fortalecido pela fraseologia da Constituição.[99]

---

98 Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 176. (Tradução livre do original em inglês com o seguinte teor: "The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.").

99 Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 177. (Original em inglês com o seguinte teor: "This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. It is not, therefore, to be lost sight of in the further consideration of this subject.").

Quanto à atribuição ao Poder Judiciário do papel de defensor das garantias constitucionais, Marshall aduz, enfaticamente, que compete ao juiz dizer o que é a lei:

> É enfaticamente a alçada e o dever do poder judicial dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem, necessariamente, esclarecer e interpretar aquela regra. Se duas leis estão em conflito entre si, as cortes devem decidir sobre a aplicação de cada uma.
>
> Então, se uma lei estiver em oposição à Constituição, se a lei e a Constituição se aplicam a um caso particular, a corte deve decidir o caso conforme a lei, em detrimento da Constituição, ou conforme à Constituição, em detrimento da lei, a corte deve determinar qual destas regras conflitantes regem o caso. Este é a verdadeira essência do dever judicial.[100]

Ocorre que tal decisão não se restringiu a este caso particular; alcançou um fim político maior: a proteção do federalismo americano.[101] Decidindo o caso concreto em favor dos republicanos, Marshall conformou um poderoso mecanismo de controle do poder: a decisão de inconstitucionalidade.[102]

Porém, a habilidade[103] política de Marshall, ao tempo em que institui um mecanismo de controle judicial do poder, escancara sua força contramajoritária[104], especialmente quando se observa os debates constituintes norte-americanos.

Nos debates que se travaram para a aprovação e ratificação da Constituição de 1787, os federalistas (dentre os quais estava Marshall) defendiam a atribuição ao judiciário do poder de declarar nulos os atos do legislativo contrários à Constituição.

Hamilton, no artigo 78, de *O Federalista*, assevera que "[n]ão há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade [...]", diante

---

[100] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 177-178. (Tradução livre do original em inglês com o seguinte teor: "It is emphatically the province and 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 that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.").

[101] Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis, in *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 920, junho 2012, p. 137-138.

[102] Após a decisão de Marbury v. Madison, a Suprema Corte somente voltou a declarar uma lei federal inconstitucional em 1857, no caso Dred Scott v. Sanford, porém, 175 leis estaduais foram declaradas inconstitucionais no século XIX e mais de cem nos vinte anos seguintes à Guerra de Secessão. (Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 137).

[103] Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 136.

[104] Cf. Alexander Bickel, *The least dangerous branch:* The Supreme Court at the bar of politics, 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16.

do que não pode ser válido qualquer ato contrário à Constituição, sob pena de tornar o representante maior que o representado.[105] E o poder mais adequado para realizar tal tarefa seria o Poder Judiciário. Sendo o poder mais fraco (em comparação ao executivo – que dispõe da espada – e ao legislativo – que dispõe da bolsa), "será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los." [106]

No entanto, tal posição não era consenso na sociedade dos Estados Unidos na época – como ainda não é hoje. Os "antifederalistas" discordavam dessas propostas por entender que a atribuição de tão grande poder tornaria o judiciário superior aos demais poderes e sem sujeição a nenhum controle, pois, ao decidirem o significado da Constituição, não de acordo com suas palavras, mas de acordo com seu espírito ou intenção, os juízes sobrepor-se-iam à legislatura. Além disso, de acordo com o argumento antifederalista, se o legislativo somente pode exercer o poder concedido pelo povo, por intermédio da Constituição, o mesmo se dá com o judiciário, pois, imaginar o contrário significaria dizer que o judiciário não está sujeito à Constituição.[107]

Marcos Paulo Veríssimo não descarta a compreensão da natureza eminentemente política da decisão de Marshall. Em primeiro lugar, sua decisão "vanguardista" garantiu os ideais federalistas: reforçou o poder federal sobre os Estados, ao permitir que a Suprema Corte (federal) invalidasse leis estaduais. Em segundo lugar, criou uma doutrina constitucional que poderia servir – como serviu – à proteção da classe dominante contra reformas de cunho liberal e social calcadas nos ideais republicanos.[108]

Assim, a controle judicial de constitucionalidade não apenas teria natureza eminentemente política, mas poderia ser utilizado para a manutenção do *status quo*. Edward S. Corwin e Jack W. Peltason rebatem esse argumento ao observarem que é impossível às Cortes, no longo prazo, interpretar a Constituição diversamente da vontade da maioria do povo. Retomando a posição dos artigos federalistas, afirmam que a falta dos

---

105 Cf. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *O Federalista* (trad. port. Heitor Almeida Herrera de *The Federalist*), Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 577-578.

106 Cf. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *O Federalista*, cit., p. 576.

107 Cf. Brutus (provavelmente Robert Yates, embora não haja consenso quanto à identidade), *The Anti-Federalist Papers*, LXXVIII a LXXXII, Disponível em <http://www.thefederalistpapers.org/antifederalist-paper-78-79>.

108 Cf. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil:* o processo judicial no pós-88, Tese (Doutorado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 40.

poderes da espada e da bolsa impelem os juízes a buscar sustentação na maioria do povo, na maior parte do tempo. [109]

Enfim, Marshall, em sua decisão, seguiu Hamilton, negando que a revisão judicial implicasse superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, isto é, que a decisão de minorias não eleitas substituiria a decisão de maiorias eleitas, tomando como premissa que o poder do povo é superior aos poderes constituídos.[110]

Com isso, embora a solução do caso concreto tenha sido favorável aos republicanos e evitado o agravamento de uma crise, na prática constitucional, representou uma vitória federalista, na medida em que atribuiu um poder ao judiciário que não haviam conseguido incluir expressamente na Constituição.

1.3.2 Conformação do judicial review

As características da *judicial review* também estão expostas na decisão de Marshall. Assim, o sistema norte-americano é (1) difuso porque qualquer órgão do poder judicial dos Estados Unidos pode controlar a constitucionalidade da legislação em todos os casos que surgirem[111]; (2) concreto porque a decisão de inconstitucionalidade deve ser tomada pelos juízes que "aplicam a regra aos casos particulares"[112]; (3) incidental porque a decisão sobre a constitucionalidade não é o assunto principal debatido, mas o meio de decidir qual deve ser a regra aplicável ao caso particular[113]; (4) *inter partes* porque os juízes devem decidir sobre a aplicação ou não da lei (após o juízo de constitucionalidade) apenas para aquele específico caso particular[114]; e (5) *ex tunc* porque a lei contrária a Constituição é nula e inválida e, por não ser lei, não produz efeitos[115].

A difusão está relacionada à "maneira liberal de enxergar a questão da inconstitucionalidade, reduzida a um simples problema técnico-jurídico de conflito de

---

[109] Cf. ob. cit., p. 34.

[110] Cf. Alexander Bickel, ob. cit., p. 16.

[111] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 178.

[112] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 177-178.

[113] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 177-178.

[114] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 178.

[115] Cf. Marbury v. Madison, cit., p. 177-178 e 180.

normas”[116], no qual deveria prevalecer a regra Constituição, em decorrência de sua supremacia.

O caráter incidental se deve ao fato de que o juiz ou o tribunal examina a inconstitucionalidade apenas quando impugnado em um processo e como questão prejudicial para julgar a lide principal levada a juízo. Dessa maneira, mesmo na declaração de inconstitucionalidade, trata-se de exercício de função jurisdicional típica[117], com o que se pretende evitar que o Poder Judiciário adentre as esferas de atuação dos demais poderes.[118]

Em decorrência desse modo de exame da constitucionalidade, o sistema estadunidense é concreto, pois a questão somente pode surgir em processo subjetivo para resolver uma lide concreta entre particulares e a inconstitucionalidade apenas pode ser declarada se for necessária ao desfecho da causa.[119]

Finalmente, destacam-se dois efeitos da decisão de controle: o efeito *inter partes* e o efeito *ex tunc*. Quanto à vinculação dos destinatários da norma declarada inconstitucional, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos apenas entre as partes da demanda apresentada ao Poder Judiciário cujo julgamento depende do exame de constitucionalidade. A lei declarada inconstitucional não é removida do ordenamento jurídico, apenas não é aplicada no caso específico.[120]

Quanto ao efeito temporal, como a decisão de inconstitucionalidade é exercício de uma função tipicamente jurisdicional e apenas declara a existência de uma nulidade pré-existente, a lei não é aplicada desde a origem. Como o vício é situado no plano da existência, é como se a lei nunca tivesse existido para aquele específico caso concreto.[121]

Considerando que o *Judiciary Act* de 1789 não impõe um único meio de impugnação, a questão de constitucionalidade, então, deve ser arguida, incidentalmente, o que pode ser feito por meio de uma exceção levantada por uma das partes no processo,

---

116 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil:* perspectivas de evolução, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 115.

117 O poder de julgar está relacionado ao castigo dos crimes e ao julgamento das “querelas entre os particulares” e deve ser separado do Poder Executivo e do Poder Legislativo. (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis,* cit., p. 167-168).

118 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle,* cit., p. 116.

119 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle,* cit., p. 117.

120 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle,* cit., p. 117 e José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 137.

121 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 137.

iniciando um incidente de constitucionalidade, por meio de uma *injunction* contra um agente do Estado que deve aplicar uma lei considerada inconstitucional pelo particular sobre a qual seus efeitos devem reais, e por ação declaratória que vise declarar direito em relação a uma lei considerada inconstitucional.[122]

Com relação, especificamente, à Suprema Corte, há quatro meios de acesso para o controle de constitucionalidade, cumprindo ressaltar o papel do *writ of certiorari* e da *certified question*, o primeiro com especial relevância, na medida em que "quase todos os casos ouvidos e ultimamente decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos chegaram à Corte por meio de um *writ of certiorari*"[123], e o segundo com pouca importância, porque, muito embora previsto nas regras da Suprema Corte, é um método raro de obter uma revisão pela Corte[124].

O *writ of certiorari* surgiu com o *Judiciary Act* de 1891, mas apenas se tornou o principal meio de acesso à Suprema Corte com o *Judiciary Act* de 1925, que expandiu sobremaneira a discricionariedade da jurisdição de apelação da Corte, substituindo a maioria das apelações obrigatórias por pedidos de *writ of certiorari* (com o objetivo de tentar diminuir o número de processos). Posteriormente, em 1988, por meio do *Act of June*

---

[122] Cf. Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway Co. v. Wallace – 288 U.S. 249 (1933):

"In determining whether this litigation presents a case within the appellate jurisdiction of this Court, we are concerned not with form, but with substance. […] Hence, we look not to the label which the legislature has attached to the procedure followed in the state courts, or to the description of the judgment which is brought here for review, in popular parlance, as 'declaratory', but to the nature of the proceeding which the statute authorizes, and the effect of the judgment rendered upon the rights which the appellant asserts.

[T]he Constitution does not require that the case or controversy should be presented by traditional forms of procedure, invoking only traditional remedies. The judiciary clause of the Constitution defined and limited judicial power, not the particular method by which that power might be invoked. It did not crystallize into changeless form the procedure of 1789 as the only possible means for presenting a case or controversy otherwise cognizable by the federal courts. Whenever the judicial power is invoked to review.a judgment of a state court, the ultimate constitutional purpose is the protection, by the exercise of the judicial function, of rights arising under the Constitution and laws of the United States. The states are left free to regulate their own judicial procedure. Hence, changes merely in the form or method of procedure by which federal rights are brought to final adjudication in the state courts are not enough to preclude review of the adjudication by this Court, so long as the case retains the essentials of an adversary proceeding, involving a real, not a hypothetical, controversy, which is finally determined by the judgment below. […] As the prayer for relief by injunction is not a necessary prerequisite to the exercise of judicial power, allegations of threatened irreparable injury which are material only if an injunction is asked may likewise be dispensed with if, in other respects, the controversy presented is, as in this case, real and substantial."

Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/288/249>.

[123] Cf. Saul Brenner, Granting certiorari by the United States Supreme Court: an overview of the social science studies, in *Law Library Journal*, vol. 92, n. 2, 193, 2000, p. 193. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/llj92&div=31&g_sent=1&collection=journals#203>.

[124] Cf. Marcia Coyle, Supreme Court asked to take certified question for only fifth time in six-plus decades, in *The National Law Journal*, 03.08.2009, Disponível em: <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1202432706422&rss=newswire>.

27, essa relevância passou a ser absoluta com a eliminação de todas as apelações obrigatórias, exceto nos casos de decisões dos *"three-judge district courts"*.[125]

O *writ of certiorari* está previsto nas Regras 10 a 16 das "Regras da Suprema Corte dos Estados Unidos" e já no primeiro dispositivo prescreve o modo e as condições de concessão, ressalvando, expressamente que a "revisão com base em um *writ of certiorari* não é uma matéria de direito, mas de discricionariedade judicial" e que "um pedido de *writ of certiorari* será concedido apenas com fundamento em fortes razões", sendo que "um pedido de *writ of certiorari* é raramente concedido quando os erros apontados consistem em erros factuais ou à aplicação equivocada de uma lei".[126]

A *certified question*, por sua vez, trata-se de uma espécie de consulta quando uma Corte inferior submete determinada questão à Suprema Corte para obter instruções para a decisão no caso concreto. A Suprema Corte deve declarar, precisamente, apenas a questão que lhe foi submetida ou, a seu critério, decidir diretamente a matéria em controvérsia.[127] Está prevista na Regra 19 das "Regras da Suprema Corte dos Estados Unidos":

---

125 Cf. Saul Brenner, ob. cit., p. 193.

126 "Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari

Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law."

Cf. <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>, pp 5-6.

127 "Rule 19. Procedure on a Certified Question

1. A United States court of appeals may certify to this Court a question or proposition of law on which it seeks instruction for the proper decision of a case. The certificate shall contain a statement of the nature of the case and the facts on which the question or proposition of law arises.

Only questions or propositions of law may be certified, and they shall be stated separately and with precision. (…)

2. When a question is certified by a United States court of appeals, this Court, on its own motion or that of a party, may consider and decide the entire matter in controversy."

Na prática, mesmo tendo recebido esta competência em 1802 (ainda que com algumas diferenças da forma atual), este expediente é raramente admitido pela Suprema Corte, que, implicitamente, o desprestigia, já que é função das Cortes de Apelação decidir os casos que chegam até elas.[128]

Os outros dois meios de acesso direto à jurisdição da Suprema Corte que permitem o exercício do controle judicial de constitucionalidade são o *habeas corpus* e a exceção do *writ of certiorari* acima mencionada, as decisões dos *"three-judge district courts"*.

O *habeas corpus* somente pôde ser impetrado perante os tribunais federais (incluindo a Suprema Corte) contra decisões de tribunais estaduais a partir de uma autorização do Congresso, em 1867, após a Guerra de Secessão, e apenas em 1942 a Suprema Corte (*Waley v. Johnson*) permitiu que o *habeas corpus* fosse impetrado contra condenações ou sentenças que violassem direitos constitucionais que não pudessem ser garantidos por outros remédios.

Finalmente, a apelação contra as decisões dos *"three-judge district courts"* é dirigida diretamente à Suprema Corte porque tem o objetivo de garantir rápida assistência desta Corte em casos que envolvem uma *injunction* impetrada contra autoridade de um Estado. A despeito de o objetivo ser o rápido remédio, a decisão somente é apelável diretamente à Suprema Corte se proferida por uma *"three-judge court"* quanto ao mérito. Se, equivocadamente, um juiz singular julgasse um caso que deveria ser julgado por três juízes, a apelação não seria diretamente à Suprema Corte, mas ao circuito comum de apelação.

Ao se concentrar no julgamento das questões de maior relevância – que, em geral, são questões constitucionais –, Francisco Fernández Segado vislumbra a conversão da Suprema Corte norte-americana em uma espécie de "Corte Constitucional", quase que se separando, na prática, da jurisdição ordinária, relativizando a distinção com o modelo europeu de controle de constitucionalidade.[129]

Cf. <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>, p. 22.

128 Cf. Marcia Coyle, ob. cit.

129 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 977. Bernard Schwartz, ao tratar das diferenças da Suprema Corte e das demais Cortes dos Estados Unidos, cita comparação do *Justice* Cardozo da Corte de Nova York e da Suprema Corte. Tendo atuado em ambas, Cardozo considera a primeira um grande tribunal de *common law*, cujos problemas são problemas de advogados, ao passo que a segunda seria um tribunal de interpretação e de política. (Cf. *A history of the Supreme Court*, New York, Oxford University Press, 1993, p. 203).

No entanto, o desenvolvimento do Poder Judiciário dos Estados Unidos, nos moldes do que Carl Schmitt denomina "Estado judiciário de tipo anglo-saxão", não permite a separação dessas jurisdições.[130] O específico modo de atuação dos tribunais – exclusivamente, com base em *cases and controversies* – torna a Suprema Corte norte-americana um órgão de jurisdição ordinária bem diferente de um Tribunal Constitucional europeu, focada em uma função estritamente judicial.

1.4 A matriz francesa

Inegavelmente, há uma tradição do constitucionalismo que pode ser identificada como de matriz francesa. A ideia de supremacia do Parlamento encontrou aí guarida, muito embora de forma diferente do constitucionalismo inglês. A ruptura com o Estado absolutista apegou-se fortemente à lei como verdadeira forma de controle do poder absoluto mais do que como efetivo veículo de expressão da soberania popular.

O constitucionalismo francês é o melhor exemplo do constitucionalismo da Europa continental. Seus princípios fundamentais derivam não de uma lenta evolução histórica, mas, tal qual o exemplo norte-americano, de uma ruptura com a ordem anterior. A quebra francesa, contudo, por ser mais violenta (e mais próxima – não se deu em outro continente), provocou, dentre outras, duas importâncias consequências, uma interna e outra externa.

No plano interno, levou à busca, nos anos subsequentes, de equilíbrio entre diversos tipos de Constituições, cuja principal marca é a incorporação, a cada experiência constitucional, de novos instrumentos políticos que se somam aos que obtiveram algum êxito nos períodos anteriores.[131] No plano externo, portou uma mensagem mais vigorosa que reverberou nos demais países europeus.[132]

---

130 Cf. *O guardião da Constituição* (trad. port. Geraldo de Carvalho de Der Hüter der Verfassung), Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 17.

131 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 32 e 70-71. Entre 1789 e 1875, André Hauriou aponta quinze regimes políticos diferentes (e, frequentemente, opostos), quatro revoluções, dois golpes de Estado e três intervenções estrangeiras. (Cf. *Droit constitutionnel*, cit., p. 585). Cf., ainda, Newton Bignotto, Revolução Francesa e constitucionalismo, in Leonardo Avritzer *et al.* (orgs.), ob. cit., p. 177-178.

132 Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 75.

Diferentemente do constitucionalismo inglês que mantivera uma ligação com o passado medieval[133], adequando-o à nova realidade de limitação de poder e garantia de direitos, a Revolução Francesa primeiramente erigiu sua bandeira – os direitos naturais do indivíduo – e sob ela rompeu com a ordem política anterior.

Esta ruptura e a subsequente fundação da nova ordem com base no artifício de um contrato social derivado das vontades individuais levaram à construção de novas categorias políticas: estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, Constituição escrita.[134] Assim como os ingleses, porém pela via da quebra, os franceses lograram garantir direitos e limitar o poder político.

É nesse sentido que o ideário da Revolução Francesa absorveu a teoria de Montesquieu de que as leis são "[...] relações necessárias que derivam da natureza das coisas [...]", o que permite identificar *leis da natureza*, que se impõem aos homens como anteriores à existência da sociedade, e *leis positivas*, que se fazem necessárias em decorrência dos estados de guerra gerados pelo estabelecimento da sociedade.[135]

Como as leis positivas derivam da razão humana, a atividade do Parlamento não é arbitrária, mas, meramente, de identificação das mencionadas "relações necessárias", por meio de um processo de descoberta racional, que faz a lei sempre justa.

A teoria de Rousseau também se fez presente para forjar a ideia de lei, especialmente quanto a sua soberania. Em um primeiro aspecto, como expressão da vontade geral, o objeto da lei é sempre universal e abstrato. A lei, motriz do corpo político e de sua conservação após o pacto social, é sempre justa e ninguém é superior a ela.[136]

---

133 Houve tentativas de instaurar um governo de tipo representativo, no final da Idade Média, em diversos países, mas, diversamente, da Inglaterra, nenhum deles prosperou. Na França, esse ensaio se deu pela convocação dos Estados Gerais a partir de 1302, mas suas reuniões foram minguando de século a século até o conhecido fim da Revolução Francesa que seguiu a via da ruptura. Isso é atribuído, sobretudo, (1) ao desenvolvimento anárquico do feudalismo francês (em contraposição ao hierárquico feudalismo inglês), (2) à divisão estanque dos Estados Gerais em três ordens: nobreza, clero e terceiro estado (em contraposição à divisão inglesa em duas Câmaras, pautada em outros critérios) e (3) à diferença no temperamento político inglês. (Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 199-200).

134 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 57-58.

135 Cf. *O espírito das leis*, cit., p. 11-17.

136 Cf. *O contrato social* (trad. port. Antônio de Pádua Danesi de Du contrat social), 3ª ed., Martins Fontes, 1996, p. 46. A ideia foi consagrada no art. 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "La Loi est l'expression de la volonté générale." (Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>). De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, trata-se de "feliz resumo da concepção sobre lei, que vinga no século XVIII e inspira o processo legislativo típico dos regimes constitucionalistas pluralistas." (Cf. *Do processo legislativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 19).

Em um segundo aspecto, como, a partir do contrato social, o povo encarna diretamente o soberano e nada pode haver que o soberano não possa infringir (nem mesmo o contrato social), ele é detentor de um poder supremo que não pode ser restringido por nenhuma lei fundamental.[137] Assim, para Rousseau, diferentemente de Locke, não descansa no povo apenas o poder supremo enquanto direito de resistência aos desvios do legislativo. O povo detém a própria soberania *in totum*, que não pode ser alienada nem representada.[138]

Neste particular, portanto, o genebrino diverge também de Montesquieu, para quem o governo deve ser atribuído a representantes, ante a configuração das sociedades modernas e a incapacidade do povo de discutir os assuntos públicos (*discuter les affaires*).[139-140] A solução de Montesquieu para a manutenção da liberdade é que o próprio povo escolha seus representantes e que os poderes sejam separados.[141-142]

---

137 Cf. Jean-Jacques Rousseau, ob. cit., p. 23.

138 Cf. ob. cit., p. 114.

139 Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis*, cit., p. 170-171. No original: "Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre: ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie." (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *Esprit des lois*, 2ª ed., Paris, Libraire Ch. Delagrave, 1892, Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>. No mesmo sentido, Benjamin Constant, ao criticar a visão de Rousseau defende o sistema representativo como a forma adequada à liberdade dos modernos). (Cf. De la liberte des anciens comparée a celle des modernes [discours prononcé a l'Athénée Royal de Paris, 1819], in *Cours de Politique Constitutionnelle*, t. II, 2ª ed., Paris, Libraire de Guillaumin, 1872, p. 558). Isso não significa, entretanto, adesão total de Constant ao pensamento de Montesquieu, pois, para aquele, antes de se preocupar com a separação dos poderes, é necessário cuidar da substância do poder em si mesmo: antes de saber como será exercido o poder, é necessário definir estritamente os limite do Estado. (Cf. Jean-Philippe Feldman, Le constitutionalisme selon Benjamin Constant, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n. 76, Paris, Puf, oct. 2008, p. 676).

140 James Madison também defende o governo representativo para a Constituição norte-americana no artigo federalista n. 10. Ao diferenciar democracia pura e república, enfatiza a capacidade do corpo de representantes de distinguir o verdadeiro interesse público, o que, nem sempre, está ao alcance do povo. (Cf. Federalist n. 10, The Same Subject Continued [The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection], in Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist Papers*, Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>).

141 "Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor." (Cf. *O espírito das leis*, cit., p. 168).

142 Georges Vedel ressalva que, inicialmente, a reunião dos Estados Gerais em 1789 não tinha em mente a ideia de implantar uma república, mas apenas de limitar o poder do rei. A intenção era instaurar uma monarquia representativa inspirada em Montesquieu e não em Rousseau, mas a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, caracterizada pela espontaneidade na síntese das influências filosóficas, sociais e políticas dos revolucionários, trouxe ao centro do documento o ideário rousseauniano. (Cf. ob. cit., p. 71 e 179-180). Sobre o ponto de inflexão da Assembleia rumo às ideias de igualdade e liberdade, cf., ainda, Newton Bignotto, ob. cit., p. 177.

A doutrina de Sieyès, que repousa na nação a organização política fundamental[143], também exerce influência essencial no constitucionalismo francês. O poder político repousa, em última instância, na nação e todos aqueles que exercem o poder são seus representantes (inclusive o rei)[144], devendo agir em consonância com os interesses permanentes da comunidade, consubstanciados na lei, de acordo com os imperativos da razão (a supremacia da nação era a supremacia da lei como produto da razão e não da mera vontade dos legisladores).[145]

A concepção da soberania nacional de Siyès contrasta, entretanto, com a soberania popular de Rousseau. Para este com base no contrato social, cada indivíduo detém parcela da soberania. Para aquele, apenas a comunidade – e não os indivíduos – detém a soberania. Assim, para Sieyès, a nação, como a encarnação de uma comunidade permanente e de interesses constantes, não se confunde com o povo, conjunto de indivíduos sujeitos ao poder, cujos interesses não necessariamente correspondem aos da comunidade.[146]

Enfim, a concepção revolucionária francesa de todos os direitos garantidos *pela lei*, imiscuindo os conceitos de representação e soberania[147], impede, a princípio, reclamar direitos *contra* o Parlamento.[148] Ou seja, a partir da noção de soberania, combinada com as ideias de representação e de separação de poderes, nenhuma lei fundamental pode ser superior ao soberano, cuja representação está no legislativo. A Constituição, então,

---

143 Cf. *Qu'est-ce que le tiers État?*, Paris, Société de l'histoire de la Révolution Française, 1888, p. 64 ("Si nous manquons de constitution, il faut em faire une; la nation seule en a le droit."). Cf., ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 12.

144 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 72. Essa concepção foi acolhida no art. 3º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "Le principe de toute Souveraineté reside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en emane expressément." (Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>)

145 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, cit., p. 24.

146 Apesar de diversas tentativas, não é precisa a definição de nação por Sieyès (Cf. Francisco Ayala, Introduccion, in *¿Que es el tercer Estado?* [trad. esp. de Qu'est-ce que le tiers état?], Madrid, Aguilar, 1973, p. XVII), mas é marcada a distinção entre nação e povo (Cf. *Qu'est-ce*, cit., p. 31, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, cit., p. 23-25). André Hauriou defende que a doutrina da soberania nacional, essencialmente francesa, encontra eco na teoria de Rousseau, e nela teria se inspirado o abade Sieyès. A colocação seria, pois, de outra ordem. A partir das consequências da doutrina da soberania de Rousseau, é possível identificar duas concepções distintas: a soberania nacional propriamente dita, mais abstrata, e a soberania popular, mais concreta. (*Droit constitutonnel*, cit., p. 296-298).

147 Cf. Benjamin Constant, De la liberte, cit., p. 539 ("[...] la confusion de ces deux espèces de liberte, a été, parmi nous, durant des époques trop célèbres de notre révolution, la cause de beaucoup de maux.")

148 Cf. Cristina Queiroz, ob. cit., p. 10.

submete o executivo, mas não pode restringir ou limitar aqueles que exercem a soberania, o Parlamento.[149]

1.4.1 Defesa política da Constituição

A dificuldade de compatibilizar os objetivos jurídicos e políticos nos movimentos constitucionais que se seguiram à Revolução Francesa mostra a verdadeira face do processo constitucional. Diferentemente do mito da mera consubstanciação teórica da razão na lei, aponta para a importância da história, da condição política e de sua própria indeterminação.[150]

Em função do movimento constitucional decorrente da Revolução de 1789, conferiu-se tamanha centralidade à lei, como produto da razão e verdadeira representante da soberania nacional, que nem mesmo a alteração de seu papel, com advento do Estado Social, alterou seu patamar.

Essa noção não se distancia nem mesmo do pensamento de Benjamin Constant, que já vislumbra a limitação da soberania popular (expressada pela vontade geral) em função da liberdade individual.[151] Identifica-se, pois, a preocupação da violação de direitos individuais pelo consentimento da maioria e a ilegitimidade de qualquer autoridade que os viole[152], mas não há efetiva limitação que seja suficiente como garantia.

---

149 "Entre o modelo defendido por deputados como Mounier, que acreditava que a nova Constituição nada mais deveria ser do que a reafirmação do poder do monarca contrabalançado pelo Poder Legislativo, e o modelo defendido por Sieyès, que afirmava a novidade radical da Constituição, mas insistia no papel dos representantes na formulação das leis fundamentais, acabou prevalecendo o modelo que Baker qualificou de rousseauista, que tinha no princípio da soberania da nação e na submissão do executivo à Constituição sua base de justificação." (Cf. Newton Bignotto, ob. cit., p. 180).

150 Cf. Newton Bignotto, ob. cit., p. 178-179.

151 "Notre constitution actuelle reconnaît formellment le principle de la souveraineté du people, c'est-à-dire la supremacie de la volonté générale sur toute volonté particulière. Ce principe, en effet, ne peut être contesté [et] s'applique à toutes les institutions. La théocratie, la royauté, l'aristocratie, lorsqu'elles dominet les esprits, son la volonté générale. Lorsqu'elles ne les dominant pas, ells ne sont autre chose que la force. En un mot, il n'existe au monde que deux pouvoirs, l'un illégitime, c'est la force; l'autre légitime, c'est la volonté générale." No entanto, "[l]a souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commencent l'independence et l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté." (Cf. Principes de politique, in *Cours de Politique Constitutionnelle*, t. I, 2ª ed., Paris, Libraire de Guillaumin, 1872, p. 7-9).

152 Cf. Principes, cit., p. 9 e 13.

Com base na ideia de que quando os princípios estão claramente demonstrados eles são sua própria garantia, o pensador francês repousa a limitação da soberania na opinião pública, evitando estabelecer um controle sobre a constitucionalidade das leis.[153] Acrescida, ainda, a típica desconfiança dos legisladores revolucionários nos juízes franceses (a "aristocracia de toga")[154] apresentava-se o terreno infértil para o florescimento de qualquer sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade na França. Isso perdurou até a Constituição de 1958, com a criação do Conselho Constitucional.[155-156]

Dessa forma, nas Constituições francesas anteriores, o que se vislumbrou foi uma modalidade ou outra defesa política da Constituição. A fiscalização é atribuída à própria casa legislativa ou a alguma outra assembleia de natureza política, a quem incumbe impor um veto à lei quando a considere inconstitucional.

Como tal órgão deve, em tese, apreciar, exclusivamente, a conformidade da lei à Constituição (e não sua conveniência política), sua vantagem deriva, justamente, da sua natureza: causa menor impacto a obstrução de uma lei por uma câmara política (sobretudo se for democraticamente eleita) do que por um juiz.[157] A dificuldade, porém, é separar avaliação da conformidade constitucional e conveniência política, sobretudo quando a própria casa legislativa é quem editou a lei.

A forma clássica de controle político (exercício pelo próprio Parlamento) é identificada como uma doutrina tradicional francesa cuja origem remonta à Revolução e à sacralização da lei[158]. Foi praticada na França até 1958[159] por meio do procedimento da

---

153 Cf. Benjamin Constant, Principes, cit., p. 16. Cf., ainda, Jean-Philippe Feldman, ob. cit., p. 699-700.

154 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 139, e Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 41. Para a expressão, Edouard Lambert faz referência ao professor Burgees (Cf. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législatión sociale aux États-Unis:* l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Marcel Giard, 1921). Carl Schmitt também utiliza o termo para se referir tanto aos juízes ordinários quanto aos juízes do Tribunal Constitucional (Cf. ob. cit., p. 176).

155 Ver, a propósito, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, A Constituição, expressão da vontade geral: a reforma do controle de constitucionalidade na França, in Carlos Bastide Horbach *et. al.*, *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia:* homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 206.

156 De acordo com George Vedel, durante a vigência da Constituição francesa de 1875, houve uma ofensiva da doutrina em favor da implantação de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pela via de exceção, a qual foi veementemente recusada pelos tribunais, inclusive pela Alta Corte de justiça (*Haute-Cours de justice*) ao recusar o exame de exceção de inconstitucionalidade no processo de julgamento Marechal Pétain. (Cf. ob. cit., p. 126).

157 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 124.

158 Cf. Louis Favoreu, *As cortes constitucionais* (trad. port. Dunia Marinho Silva de *Les cours constitutiónnelles*), São Paulo, Landy, 2004, p. 20.

questão prévia: o presidente da Assembleia pode obstar a deliberação de proposição legislativa ou qualquer membro da Câmara pode alegar sua inconstitucionalidade, devendo, em ambos os casos, a própria Assembleia decidir sobre a questão. As críticas se referem à conversão da soberania nacional em soberania parlamentar e ao descompasso com a ideia de superlegalidade da Constituição escrita.[160]

A segunda forma de controle político por órgãos políticos externos ao Parlamento também foi praticada na França. Nessa rubrica se enquadram os *Senados guardiães da Constituição* (*Les Sénats impériaux*) durante as Constituições do Ano VIII e de 1852. Muito embora fossem corpos distintos do Parlamento – mas ainda políticos –, poderiam controlar a constitucionalidade da legislação ordinária. Ocorre que, na prática, tal tarefa nunca foi efetivamente exercida. Em primeiro lugar, porque estes Senados estavam submetidos ao chefe do Estado, e, principalmente, porque realizavam sua tarefa não do ponto de vista da conformidade constitucional, mas da oportunidade da lei.[161]

1.4.2 O Conselho Constitucional

A Constituição francesa de 1958 procurou empreender a difícil tarefa de modificar o panorama relativo ao controle de constitucionalidade sem, no entanto, abandonar suas centenárias tradições.

As razões dogmáticas e históricas referentes, especialmente, à divisão de poderes desaconselharam o constituinte de 1958 a instituir qualquer modalidade de controle incidental da constitucionalidade das leis (seja de matriz norte-americana, seja derivado de provocações ao Tribunal Constitucional, tal como já ocorria na Alemanha e na Itália). Como decorrência, o sistema adotado pela França contou com muitas peculiaridades

---

159 A partir da Constituição de 1946, esse modelo foi atenuado pela criação de um Comitê constitucional que podia, em determinadas hipóteses, avaliar a conformidade da legislação ordinária com a Constituição. (Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 284).

160 Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 284.

161 Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., p. 285, e Georges Vedel, ob. cit., p. 124-125. Cf., ainda, Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., t. 3, Paris, Libraire des Écoles Française d'Athenes et de Rome, 1930, p. 716.

referentes à composição da Corte, ao acesso e, especialmente, à fase preventiva do controle. Nada disso, entretanto, impediu a constitucionalização.[162]

A natureza abstrata e preventiva da fiscalização, a composição do Conselho e o acesso limitado deram azo a dúvidas sobre a efetiva natureza desse novel controle.[163] Conforme aponta André Hauriou, a origem do Conselho de Constitucional é ambígua: suas atribuições apresentam, essencialmente, um caráter jurisdicional, mas sua composição possui verdadeira natureza política.[164]

Assim, em função da composição do órgão (indicações pelo presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional e pelo presidente do Senado; e adjunção dos antigos presidentes da República), André Hauriou, inicialmente, concebia o Conselho Constitucional francês como um órgão de controle político externo ao Parlamento. A atenuação desse caráter político, entretanto, levou-o, posteriormente, a considerá-lo um órgão jurisdicional, sem prejuízo da constatação de que, independentemente da natureza, houve efetivo controle sobre os atos do Parlamento, especialmente, no que toca às competências.[165]

Ainda antes da ampla mudança de direção na jurisprudência do Conselho, na década de 1970, Maurice Duverger já o apontava como um órgão jurisdicional. Isso, porém, não era visto com bons olhos, na medida em que o tornaria claramente secundário em relação ao Presidente, ao Governo e ao Parlamento, justamente por não exercer função política. Isso, contudo, não diminuía a importância de sua tarefa de contenção do Parlamento dentro dos limites traçados pela Constituição.[166]

Nessa linha, para Duverger, seria o Conselho Constitucional uma espécie de "jurisdição política suprema" encarregada, dentre outras tarefas relacionadas à vida política do Estado, do controle de constitucionalidade das leis. Neste âmbito específico, sua atuação original tem por objetivo manter o Parlamento dentro de seus limites

---

162 Cf. Lucio Pegoraro, A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005, p. 61.

163 A técnica de decisão adotada pelo Conselho Constitucional também deu azo ao debate sobre a natureza política ou jurisdicional do controle de constitucionalidade francês. Ao decidir por meio de *consideranda* (*considérant* e *vu*), diferenciava-se dos modos tradicionais de motivação das decisões judiciais. (Cf. Lucio Pegoraro, A circulação, cit., p. 61).

164 Cf. *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. cast. José Antonio González Casanova de Droit Constitutionnel et institutions politiques), 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1971, p. 637.

165 Cf. *Droit constitutionnel*, cit., p. 285, e *Derecho constitucional*, cit., p. 640.

166 Cf. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Puf, 1970, p. 815-816.

constitucionais, pois a fiscalização se dá sobre textos de lei definitivamente elaborados, mas antes da promulgação, a qual fica pendente até a decisão do Conselho.[167] Enfim, para o autor, a tarefa do Conselho é jurisdicional e seu papel é de juiz. O conteúdo e sua composição são políticas.[168]

A "revolução jurídica e política" no período 1971-1974 reforçou ainda mais essa natureza jurisdicional.[169] Em primeiro lugar, a decisão do próprio Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, sobre liberdade de associação, mudou profundamente a instituição e seu papel no controle de constitucionalidade.[170]

Por meio da construção do "bloco de constitucionalidade", deixou o Conselho de verificar apenas a regularidade formal das leis para fazer um juízo efetivamente material sobre direitos fundamentais, a partir da incorporação à Constituição de 1958 dos direitos individuais, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e dos direitos econômicos e sociais, constantes do preâmbulo da Constituição de 1946.

Em segundo lugar, a revisão constitucional de 29 de outubro de 1974 potencializou o poder do Conselho ao possibilitar a provocação do controle pelas minorias parlamentares (60 deputados ou 60 senadores), contribuindo decisivamente para a legitimação do Conselho Constitucional. [171]

Dentre outras atribuições, a atribuição mais importante do Conselho Constitucional é, sem dúvida, o controle da produção normativa dos poderes públicos. Esta tarefa não é, porém, irrestrita. O controle é exercido, estritamente, sobre as atividades normativas do

---

[167] Cf. ob. cit., p. 817.

[168] Cf. Maurice Duverger, ob. cit., p. 816.

[169] Louis Favoreu é enfático quanto à natureza jurisdicional do Conselho Constitucional: "[n]ão importam as múltiplas variações sobre o tema da natureza político-jurisdicional, jurídico-política, ou não jurisdicional das jurisdições constitucionais, pois definitivamente é preciso dar-lhe um nome: e já que em Direito comparado são consideradas como jurisdições, por que teimar em recusar-lhe esse predicado? [...] Isso é válido evidentemente para o Conselho Constitucional Francês, pois, nem em sua composição, nem em suas atribuições, tampouco em seu funcionamento, ele difere das outras Cortes." (Cf. *As cortes,* cit., p. 32).

[170] Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constituttionnel,* 13ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 312-313. No mesmo sentido, cf. Lucio Pegoraro, A circulação, cit., p. 61, Arend Lijphart, ob. cit., p. 255, e Michel Rosenfeld, Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes, in Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.), *Limites do controle de constitucionalidade,* Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2009, p. 199.

[171] Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constituttionnel,* cit., p. 313. No caso francês, Louis Favoreu aponta a conversão dos partidos de esquerda ao controle de constitucionalidade das leis, porque, ainda que tradicionalmente contrários, viram-no como instrumento útil da oposição contra maiorias estáveis e poderosas (*As cortes,* cit., p. 26).

Parlamento e, em algumas hipóteses, indiretamente, sobre as atividades normativas do Governo.[172]

Apesar da contribuição do Conselho Constitucional na codificação das regras do jogo político entre o Parlamento e o Governo (avaliação da conformidade constitucional dos regimentos internos das Assembleias), as atividades políticas estão protegidas do seu controle. A configuração de instrumentos de controle político do Governo, na Constituição e a autocontenção do Conselho, mesmo quando chamado para arbítrio de litígios exclusivamente políticos, levaram a essa específica conformação.[173]

No controle de constitucionalidade das leis propriamente dito, para o qual detém competência exclusiva, havia, originariamente, duas situações. Enquanto as leis orgânicas *devem* ser submetidas à avaliação do Conselho Constitucional, as leis ordinárias *podem* sê-lo, sempre tendo como parâmetro a Constituição.[174] Em ambas as hipóteses, tal controle é prévio[175] e, portanto, abstrato. Não se trata de retirar a lei do ordenamento, mas de negar sua promulgação quando não esteja de acordo com a Constituição.

A revisão constitucional de julho de 2008, no entanto, ampliou as hipóteses de controle de constitucionalidade. A introdução do art. 61-1[176], na Constituição francesa, implantou a *question préjudicielle de constitutionnalité*, por meio da qual o Conselho de

---

172 Cf. André Hauriou, *Derecho constitucional*, cit., p. 638.

173 Cf. André Hauriou, *Derecho constitucional*, cit., p. 638-641.

174 Art. 61

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

(Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>).

175 O Conselho Constitucional francês possui outras atribuições como, por exemplo, a fiscalização das eleições e dos referendos nacionais e o controle do domínio de competência da lei e do regulamento etc. A menção à natureza preventiva é exclusiva ao controle da constitucionalidade das leis, objeto ao qual se restringe o presente trabalho.

176 Art. 61-1

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

(Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>).

Estado (órgão máximo da jurisdição administrativa) e a Corte de Cassação (órgão máximo da jurisdição ordinária) podem impugnar disposição legislativa que violem direitos de liberdade garantidos pelo bloco de constitucionalidade.

Sobrevindo, em 2009, a lei orgânica prevista pela Constituição para estabelecer as condições do artigo, a questão *préjudicielle* foi transformada em *prioritaire.* A denominação carrega um aspecto simbólico relevante, pois dá conta da condição de importância de que se reveste a garantia da Constituição.[177] O controle é impulsionado por um incidente, mas sua premência está na própria avaliação da conformidade constitucional da norma.

Mas o principal aspecto foi conferir prioridade ao controle de constitucionalidade em relação ao controle de convencionalidade. A jurisdição ordinária pode fazer, *diretamente*, um controle da conformidade das leis em relação a normas internacionais e europeias de direitos humanos[178], mas, como visto, não dispõe do mesmo poder em relação às normas constitucionais.

Diante dessa situação, o legislador francês vislumbrou uma incoerência sistêmica: na hipótese de existência de normas de direitos fundamentais protegidas tanto pelas normas constitucionais quanto por normas internacionais (especialmente da Convenção Europeia de Direitos Humanos), a invocação de ambas contra uma lei poderia levar o juiz ordinário a optar por um controle de convencionalidade em vez de iniciar o procedimento de verificação da constitucionalidade.[179]

Ao estabelecer uma ordem de tratamento das questões pela jurisdição ordinária, priorizando a avaliação da conformidade constitucional em relação à convencional, essa incoerência é resolvida em favor da supremacia e da força da própria Constituição e sem afetar a importância das normas protetivas de direitos fundamentais internacionais. Em primeiro lugar, há apenas uma prioridade e, no efetivo julgamento, a norma internacional poderá ser livremente apreciada pelo juiz e, de acordo com o julgamento da questão de constitucionalidade, inclusive aplicada. Além disso, a prioridade somente existe quando houver sobreposição entre normas constitucionais e internacionais. Finalmente, o

---

[177] Cf. Xavier Philippe, La question prioritaire de constitutionnalité: à l'aube d'une ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique, in *Revue française de Droit constitutionnel,* n. 82, abr. 2010, p. 281.

[178] Cf. Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel,* cit., p. 340.

[179] Cf. Xavier Philippe, ob. cit., p. 282.

procedimento estimula uma resposta rápida ao indivíduo. Não há, pois, uma proteção menor aos direitos fundamentais, mas uma proteção ainda maior.[180]

Como se vê, essa nova modalidade de controle é repressiva, mas persiste o monopólio da decisão de inconstitucionalidade nas mãos do Conselho Constitucional e a natureza do controle segue abstrata.[181] Se não encerra a discussão, a *question prioritaire de constitutionalité* inegavelmente segue na tendência de "jurisdicionalização" identificada pelos constitucionalistas franceses desde a criação do Conselho Constitucional.

1.5 A matriz europeia

Ao dividir a difusão do Direito constitucional clássico em quatro grandes movimentos (Independência norte-americana e Revolução Francesa de 1789; Revoluções Francesas de 1830 e 1848; pós-Primeira Guerra, com reorganização da Europa; e pós-Segunda Guerra, com a descolonização), André Hauriou observa que, apesar de a Independência norte-americana ser cronologicamente anterior, a agressiva ruptura da Revolução Francesa de 1789 exerceu maior influência sobre as Constituições produzidas na Europa continental.[182]

Nesse contexto, dentre as inspirações dos princípios da Revolução Francesa de 1789 e da Constituição francesa de 1791, contempla-se, no período da Convenção termidoriana, a Constituição batava, e, no do Diretório, a suíça, a liguriana e a romana. Posteriormente, a Constituição sueca de 1809, a Constituição de Cádiz de 1812, a norueguesa de 1814, a dos Países Baixos de 1815, e, na Grécia, a votação e revisão, pelas Assembleias do movimento de liberação helênico, da Constituição de Epidauro (1822,

---

[180] Cf. Xavier Philippe, ob. cit., p. 283-284. A Corte de Justiça da União Europeia se manifestou sobre a compatibilidade da prioridade e, em decisão de 22 de junho de 2010, considerou que não havia contrariedade ao direito da União Europeia, "pour autant que les autres juridictions nationales restent libres (...) de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionna lité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, (...) d'aporter toutes les mesures néecssaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et (...) de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elle la juge controire au droit de l'Union." (Cf. Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, cit., p. 341).

[181] Cf. Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, cit., p. 341.

[182] Cf. André Hauriou, *Derecho constitucional*, cit., p. 98-99. Para as inspirações americana e francesa nas Constituições europeias, cf., ainda, John A. Hawgood, *Modern Constitutions since 1787*, New York, D. Van Nostrand, 1939, p. 42-45.

1823, 1827). Finalmente, as Revoluções Francesas de 1830 e 1848 ressoaram em países como Bélgica, Alemanha, Polônia e Itália.[183]

A forte influência do ideário francês e a tradição jurídica romano-germânica não criaram um ambiente favorável ao florescimento de um controle judicial de constitucionalidade em moldes norte-americanos. A coincidência dos conceitos de legalidade e de legitimidade levou a uma sacralização da lei que não foi experimentada pelos norte-americanos (ao contrário, seu combate foi justamente à opressão do Parlamento). Destarte, enquanto, nos Estados Unidos, a consagração e a inviolabilidade recaíram sobre a Constituição, na Europa, alcançaram a lei.[184]

Nesse contexto, os movimentos constitucionais mais importantes na formação de uma matriz europeia do controle de constitucionalidade das leis surgiram no período identificado com o fim da Primeira Guerra – mas ainda inspirados no constitucionalismo ocidental, especialmente na vertente francesa –, destacando-se a Constituição de Weimar, de 1919, as Constituições da Áustria e da Checoslováquia, ambas de 1920, e a Constituição da Espanha, de 1931[185], sendo que as últimas três foram as primeiras que adotaram um modelo centralizado de fiscalização.

Estas correntes, contudo, não partiram do zero. Antes, encontraram, no ordenamento constitucional suíço, a primeira fonte de inspiração alternativa ao controle estritamente judicial norte-americano. E isso porque depois de uma primeira fase de garantia política com poucos elementos de judicialização, durante a Constituição de 1848, a ampla revisão constitucional realizada em 1874 inaugurou um modelo autônomo, concentrado e geral de controle de constitucionalidade das leis.[186]

A relação conturbada entre governo federal e governos cantonais (com reflexo nos cidadãos da Federação) e o dogma suíço da supremacia – ou, no termo de Pedro Cruz Villalón, intangibilidade – do legislador federal impulsionaram, no primeiro momento, a uma *garantia política* da Constituição, a cargo dos órgãos políticos da Federação, Governo

---

183 Cf. André Hauriou, *Derecho constitucional,* cit., p. 98-99, e André Hauriou, *Droit constitutionnel,* cit., p. 76.

184 Cf. Louis Favoreu, *As cortes,* cit., p. 20.

185 Cf. André Hauriou, *Droit constitutionnel,* cit., p. 76-77. A propósito especificamente da influência dessas Constituições na formação do sistema europeu de controle de constitucionalidade, Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939),* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

186 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 49-50.

(Conselho Federal) e Parlamento (Assembleia Nacional composta pelo Conselho Nacional e pelo Conselho de Estados).[187]

A implicação direta dessa configuração foi a impossibilidade de controle das leis federais e a assunção, pelo legislador federal, da proteção dos direitos fundamentais contra as unidades federadas, os cantões. Mas, dadas as condições da época, a experiência foi exitosa até que, a partir de 1874, transferiu-se, paulatinamente e com exclusividade ao Tribunal Federal, a proteção dos direitos fundamentais por meio do controle das leis cantonais. A lei federal, todavia, permaneceu imune ao controle deste órgão jurisdicional.[188]

Esta conformação suíça de um controle de constitucionalidade das leis cantonais e de proteção dos direitos fundamentais foi desenvolvida para dar conta dos típicos problemas federativos. Também na Constituição alemã de Weimar, de 1919, a existência do federalismo foi central e sua maior contribuição a um sistema europeu foi a organização de um controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis dos Estados (posteriormente estendido também às leis federais).[189]

Como se vê, portanto, a garantia jurisdicional da Constituição aparece em um segundo momento do constitucionalismo moderno europeu. E o estabelecimento de tribunais especializados como resposta a estímulos específicos encontrados nos ambientes em que implantados levou a uma "europeização"[190] do conceito de controle de constitucionalidade.

Esse modelo, cujo principal expoente doutrinário foi Hans Kelsen, somente se popularizou com a segunda onda, como produto da reconstrução europeia e da sociedade pluralista[191], após a Segunda Guerra Mundial, sendo adotado em países como Alemanha (1949), Itália (1956) e França (1958).[192] Uma terceira onda se identifica com a saída de

---

187 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 50-51.

188 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 51-53.

189 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 71-72 e 225. Quanto à configuração da jurisdição constitucional em Weimar, cf., ainda, Helmut Simon, La jurisdicción constitucional, in Ernst Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional,* 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 826-827e 831.

190 Cf. Cristina Queiroz, ob. cit., p. 10.

191 Cf. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale,* Il Mulino, 1988, p. 25.

192 Cf. Victor Ferreres Comella, The European model of constitutional review of legislation: towards decentralization?, in *International Journal of Constitutional Law 2 Int'l J. Const. L., I.CON,* v. 2, n. 3, 2004, p. 463, Disponível em

períodos ditatoriais em países como Portugal (1976) e Espanha (1978). Finalmente, o quarto período se relaciona ao colapso da União Soviética, incluindo países como Polônia (1986), Hungria (1989-1990), Rússia (1991), República Tcheca (1993) e Eslováquia (1993).[193]

1.5.1 A força da "lei" e o guardião da Constituição

Não só a condição federal dos Estados em que foram gestados, mas também o papel conferido à lei, na Europa do século XIX, impulsionaram para uma modalidade de controle que não tinha a vocação de proteger direitos fundamentais.

As Constituições liberais representavam o compromisso entre burguesia e monarca[194] que objetivava limitar o poder deste, mas, simultaneamente, fundamentava-o. Trata-se de um contexto dualista de divisão da soberania entre o rei e a lei em que não havia dúvida sobre a contenção ao poder do monarca, mas ainda não se divisava, com clareza, seu fundamento. Não havendo como estabelecer um órgão imparcial, a única maneira de garanti-la era política, com base em instrumentos garantidos, basicamente, ao Parlamento.[195]

Tais condições propiciaram o desenvolvimento do parlamentarismo e o assentamento do predomínio da burguesia e da supremacia da lei. Ante a força assumida pela figura da lei, a Constituição como efetiva garantia de contenção do soberano é menos necessária, assumindo, em definitivo, seu papel político.

Mas, como já mencionado, a lei é a razão humana, que não pode ser nem arbitrária nem injusta. Os representantes do povo apenas expressam-na por intermédio da vontade geral. Assim, como seu fundamento de obrigatoriedade não está no órgão que a manifesta,

---

<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/injcl2&div=26&g_sent=1&collection=journals>. Cf., ainda, Ran Hirschl, ob. cit., p. 7.

193 Cf. Ran Hirschl, ob. cit., p. 8. No mesmo sentido, cf. Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 16; John E. Ferejohn, Constitutional review in the global context, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, p. 50, Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyulpp6&div=11&g_sent=1&collection=journals>; e Tania Groppi, ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? in Revista del Derecho Político, n. 62, 2005, p. 33-54, Disponível em <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8952/8545>.

194 Cf. Ferdinand Lassale, *¿Que es una Constitución?*, Santa Fé de Bogota, Editorial Temis, 1997, p. 37.

195 Cf. Gustavo Zagrebelsky, ob. cit., p. 19-20.

mas na sua própria natureza, ela é apolítica, mera expressão do Direito que a ela preexiste.[196]

As consequências dessa concepção de lei são sua duração, bem como sua generalidade e abstração.[197] Como não pretendia realizar o bem estar dos seres humanos, a finalidade da lei era estabelecer as regras permanentes da vontade geral. E, nessa tarefa, quanto menos, melhor.

Portanto, se, de um lado, a intenção das revoluções liberais não foi estabelecer a supremacia da vontade do legislador, de outro, não havia porque imaginar que a lei por ele exprimida devesse ser controlada, afinal, não seria de supor que a lei buscasse algo diferente do bem geral, o que impossibilitaria o domínio de qualquer grupo ou vontade particular. E a garantia disso repousava somente nas ideias de representação e separação de poderes.[198]

Em condições que tais, o único impulso para o surgimento de uma jurisdição constitucional era a necessidade de organização típica de estados de tipo federal[199], como foi o caso da Constituição suíça e também da Constituição de Weimar.

Dois problemas derivam, contudo, dessa ideia liberal e, mais adiante, deságuam na necessidade de implantação de sistemas de controle da Constituição. O primeiro é que, na prática, a lei é "apenas" expressão da vontade parlamentar, que é vontade de uma maioria (e esta nem sempre corresponde à vontade do povo e, muito menos, à vontade geral, como já ressaltara Rousseau[200]). O segundo é que, nesse contexto, a configuração da separação de poderes implica a supremacia do Parlamento. Como órgão do qual emana a vontade geral, ele faz a lei, enquanto os demais somente a aplicam.[201]

A radicalização dos princípios liberais levou, na prática, à lei como expressão de uma vontade política e à supremacia do Parlamento como domínio de uma maioria. E nem

---

196 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo,* cit., p. 52-54.

197 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo,* cit., p. 55.

198 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo,* cit., p. 53-55 e 81.

199 Cf. Gustavo Zagrebelsky, ob. cit., p. 21.

200 "A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio termo." (Cf. ob. cit., p. 114).

201 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo,* cit., p. 117.

representação nem separação de poderes podem, nesse ambiente, garantir a liberdade individual.

A Constituição como mero documento político não tinha esse condão. Para atender ao princípio do Estado de Direito, era necessário, pois, buscar garantias político-jurídicas da Constituição, isto é, instrumentos capazes de controlar comportamentos dos órgãos estatais, especialmente, a conformidade da lei à Constituição como norma superior.[202]

Dadas as diferentes naturezas de Estados europeus, de maneira geral, e do Estado norte-americano, não havia condições para, simplesmente, conferir aos juízes ordinários a necessária função de controle. As duas principais soluções aportadas para a guarda da Constituição foram ofertadas, então, por Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Para Kelsen, como o Direito é um sistema fechado em si mesmo, a ideia de regularidade para o funcionamento do conjunto é central. De forma, pois, a elaborar uma teoria que não apenas fundava o controle de constitucionalidade das leis, mas também o legitimava[203], sua solução partiu de respostas "[...] técnico-institucionais às objeções político-jurídicas que impediam a introdução de efetivos mecanismos de jurisdição constitucional."[204]

Para evitar o inconveniente da pluralidade de decisões por todos os juízes – incompatível com a segurança jurídica[205] e a falta do *stare decisis* nos sistemas de tradição romano germânica –, Kelsen propôs a concentração do controle de constitucionalidade das leis em um único órgão.[206]

Tal órgão, ao exercer uma jurisdição constitucional concentrada, separada da jurisdição ordinária difusa, é ainda um órgão jurisdicional, mas com caráter distinto dos demais tribunais. A competência do Tribunal Constitucional de cassar normas com efeito

---

202 Cf. Hans Kelsen, Quem deve ser o guardião da Constituição? (trad. port. Alexandre Krug de Wer soll der Hüter der Verfassung sein?), in *Jurisdição,* cit., p. 239.

203 Cf. Dominique Rousseau, *La justicia constitucional em Europa,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 12.

204 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante,* cit., p. 47.

205 "Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão [constitucionalidade das leis], dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico." (Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do Direito* [trad. port. João Baptista Machado de Reine Rechtslehre], 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 300-301).

206 Cf. Eduardo Garcia de Enterria, ob. cit., p. 131. Cf., ainda, Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante,* cit., p. 48, e Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 466.

geral confere-lhe uma natureza muito mais política que a dos demais tribunais da jurisdição ordinária.[207]

E, como observa Kelsen, sendo a diferença entre o caráter político da legislação e o da jurisdição apenas quantitativa e não qualitativa (o juiz também cria direito, mas apenas pode fazê-lo na decisão individual, dentro dos limites estritos da lei),[208] a configuração do Tribunal Constitucional permite a efetiva garantia do específico documento que é a Constituição: de um lado, (a) a competência de anulação é atribuída a órgão distinto daquele que elaborou a lei e (b) a atividade desse órgão está na esfera da legislação; de outro, a natureza jurisdicional do órgão afasta o risco de um governo de juízes, pois a atividade de anulação é precipuamente de aplicação de normas[209], cujo exercício é limitado pela Constituição.

Carl Schmitt, de outra forma, por conceber a atividade jurisdicional como estritamente de subsunção da norma, não vislumbra a possibilidade de atribuir a um órgão jurisdicional a determinação do conteúdo legal da Constituição, documento que não é essencialmente normativo[210], mas repleto de princípios. Isso significaria ou atribuir ao Tribunal Constitucional uma função política que não se compatibiliza com sua natureza jurisdicional, ou transformá-lo em uma segunda câmara legislativa com funcionários de carreira. Além de essas situações não se afigurarem adequadas do ponto de vista democrático, poderiam acarretar uma politização da justiça prejudicial à unidade do povo.[211]

As crises "não juridicizáveis", portanto, requerem decisões de natureza política que, necessariamente, devem ser tomadas por instâncias políticas, mas independentes e neutras. Assim, para Schmitt, a figura mais adequada para exercer tal função intermediadora de guarda da Constituição seria o chefe do Estado, no seu caso, o Presidente do Reich,

---

207 Cf. Hans Kelsen, Quem deve ser, cit., p. 253 e 263.

208 Cf. Quem deve ser, cit., p. 251.

209 Cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça constitucional:* garantia da constituição e controlo da constitucionalidade, t. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 289.

210 Consoante observa Roger Stiefelmann Leal, "[...] o conceito de Constituição de Schmitt é radicalmente diferente do adotado por Kelsen. Enquanto para este a Constituição configura um conjunto de normas sobre a produção de outras normas [...], para aquele designa o conjunto de decisões políticas fundamentais assumidas pela unidade do povo de um país." (Cf. *O efeito vinculante,* cit., p. 57-58).

211 Cf. Carl Schmitt, ob. cit., p. 27, 40 e 50.

detentor de um poder neutro e ativo, isto é, independente, mas responsável pela consequência de seu ato, diferentemente do juiz.[212]

Como a história mostrou, Kelsen teve mais êxito na configuração do guardião da Constituição e, atualmente, os Tribunais Constitucionais são amplamente adotados em diversos países do mundo, mas muitas das críticas de Schmitt permanecem ainda hoje atuais, especialmente a supremacia da jurisdição constitucional em relação aos demais poderes do Estado.[213]

1.5.2 Breve inventário do controle de constitucionalidade de leis na Europa

A maioria dos países do mundo adota, atualmente, algum sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade da legislação, ou seja, estabelece procedimentos de índole jurisdicional para a avaliação da (des)conformidade das leis produzidas pelo Parlamento frente à Constituição.[214]

No caso da Europa, mais precisamente em sua porção ocidental, a existência de Cortes ou Tribunais Constitucionais, comumente aliada à centralização da autoridade para declarar a inconstitucionalidade de leis, permite, de maneira geral, identificar o modelo ali praticado como "europeu".[215]

Assim, embora cada um desses países tenha instituído peculiaridades próprias em seus respectivos ordenamentos, de maneira ampla, subsiste o desenho institucional do controle kelseniano, com feição jurisdicional (ora repressiva, ora preventiva), e suas

---

212 Cf. Carl Schmitt, ob. cit., p. 154. O autor observa que essa solução institucional de Benjamin Constant foi adotada em alguns Estados, incluindo o Brasil, em sua Constituição de 1824, que delegava o Poder Moderador, "chave de toda organização política", privativamente, ao Imperador, incumbindo-lhe, no papel de neutralidade, manter a independência, o equilíbrio e harmonia dentre os poderes públicos. (Cf. ob. cit., p. 15 e 153).

213 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 58.

214 Ver, a propósito, Arend Lijphart, ob. cit., p. 256-257, Ran Hirschl, ob. cit., *Towards*, p. 6-10, Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 925-926, Dominique Rousseau, ob. cit., p. 1.

215 Cf. Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 15; John E. Ferejohn, ob. cit., p. 50; e Victor Ferreres Comella, The consequences of centralizing constitutional review in a special Court: some thoughts on judicial activism, in *Texas Law Review*, v. 82, 2003-2004, p. 1705. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr82&div=52&id=&page=&collection=journals>

principais características são (i) a concentração, (ii) a abstração, (iii) o caráter principal, (iv) a eficácia subjetiva *erga omnes* e (v) a eficácia temporal *ex nunc*.[216]

No entanto, ainda que se atente, de maneira mais detida, aos elementos inscritos nas diversas realidades constitucionais, é possível identificar três características que são comungadas pela ampla maioria dos países europeus ocidentais, aí, sem grande variação: (1) a centralização, (2) a abstração e (3) a eficácia geral (*erga omnes*).[217]

A título ilustrativo, dos 28 Estados que, atualmente, compõem a União Europeia, apenas o Reino Unido e os Países baixos não possuem jurisdição constitucional. Dos 26 restantes, Dinamarca, Suécia e Finlândia adotam o modelo norte-americano de revisão judicial de constitucionalidade das leis, mas declarações de inconstitucionalidade são raras, havendo, inclusive, na Suécia e na Finlândia, a *"clear mistake rule"*, isto é, a previsão de que somente pode ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei se estiver além de qualquer dúvida razoável.[218]

Chipre, Estônia, Grécia, Irlanda e Portugal, embora não tenham um sistema nos exatos padrões norte-americanos, não separam completamente a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária (isso ocorre de formas distintas: em Chipre e Estônia, uma Corte Suprema acumula as funções de órgão de cúpula da jurisdição ordinária e de órgão de jurisdição constitucional; na Grécia, todos os órgãos que exercem a jurisdição ordinária também podem exercer a jurisdição constitucional; na Irlanda, duas cortes dentro da jurisdição ordinária podem exercer o controle das leis; e, em Portugal, apesar de existir uma Corte Constitucional que exerce controle abstrato, a jurisdição constitucional é admitida também aos demais órgãos do Poder Judiciário).[219]

A maciça maioria dos países do leste Europeu que aderiram à União Europeia em 2004 (Eslováquia, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, República

---

216 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 139.

217 Além dessas três características tidas por "essenciais" na caracterização do modelo europeu, Pedro Cruz Villalón observa que ainda se poderia acrescentar uma quarta, que, embora não seja essencial, ajuda a compreender esse modelo: a limitação ou restrição do número de legitimados para iniciar um processo de controle de constitucionalidade. Como se verá adiante, a centralização ou descentralização da autoridade para declarar leis inconstitucionais (concentração/difusão) é a característica central na distinção entre o modelo europeu e o modelo norte-americano e, certamente, o ponto comum mais recorrente nas muitas classificações doutrinárias, inclusive de algumas que entendem superada esta divisão clássica. (Cf. *La formación*, cit., p. 34-35).

218 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 462. Cf., ainda, <http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm>.

219 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 462-463.

Checa), 2007 (Bulgária e Romênia) e 2013 (Croácia) possuem Cortes Constitucionais e adotam modelo centralizado.[220] Este também é o caso de Malta, cuja adesão data de 2004.

Finalmente, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Itália e Luxemburgo[221] possuem Cortes Constitucionais que centralizam a autoridade para declarar a inconstitucionalidade de lei, exercendo tal tarefa por meio de um exame abstrato e com efeitos gerais, por provocação direta ou incidental.[222]

Como se vê, a instalação de Cortes Constitucionais com monopólio quanto à decisão de inconstitucionalidade das leis é uma recorrência institucional nos países da Europa. Mas, tanto as peculiaridades de cada sistema, quanto seu (relativo) sucesso ou fracasso, dependem das condições histórico-políticas em que foram adotados. O fato é que, dadas as condições mais próximas em que sugiram os sistemas da Europa ocidental, na forma exposta anteriormente, mais adequadas a eles são as generalizações ora empreendidas.

Assim, a partir da teoria kelseniana e das práticas adotadas nesses países é que se compreende a denominação "modelo europeu". Cumpre ressalvar, no entanto, que essa redução comparativa não diminui o alcance do modelo, pois, nos demais países que nele se espelham, buscam-se, justamente, saídas contra as incompatibilidades do modelo norte-americano para realidades sobremaneira distintas. O resultado, comumente, é o mesmo cerne de arranjos institucionais.

---

220 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 463. Cf., ainda, Herman Schwartz, Eastern Europe's Constitutional Courts, in *Journal of Democracy*, *v.* 9, n.4, 1998, p. 100-101, Disponível em <http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v009/9.4schwartz.html>.

221 Luxemburgo é exceção apenas quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que vincula apenas os juízes a se manifestarem no caso que gerou o incidente de constitucionalidade. (Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 464)

222 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 463-464.

2 OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Jurisdição constitucional: colocação do tema

A jurisdição constitucional não é apenas um "tema" repleto de controvérsias. Sua própria "terminologia" enfrenta problemas.[223] Isso se deve ao fato de que, na Europa, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, "[...] jurisdição constitucional e jurisdição que aplica a Constituição (*constitutional adjucation*) não são termos equivalentes."[224]

De um ponto de vista orgânico centrado nas atividades das Cortes Constitucionais, Héctor Fix-Zamudio entende que o conceito de jurisdição constitucional é sobremaneira restrito, excluindo não só os órgãos de caráter político, mas, também, os da jurisdição ordinária.[225]

Ocorre que, dada a especial importância das Cortes Constitucionais europeias, suas garantias jurisdicionais da Constituição comumente se expressam de diversas formas, tais como a tutela dos direitos fundamentais de liberdade (função básica do recurso de amparo mexicano ou do *writ of habeas corpus* anglo-saxão); o controle da legitimidade constitucional dos partidos políticos; o julgamento de políticos; ou, ainda, o juízo sobre conflitos de atribuição entre poderes do Estado e entre Estado e Regiões.[226]

---

223 Cf. André Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998, p. 104.

224 Cf. Francisco Rubio LLorente, Once tesis sobre la jurisdición constitucional en Europa, in José Luis Soberanes Fernández (comp.), *Tendencias actuales del Derech*,. 2ª ed, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 338.

225 Prefere o autor mexicano o termo *justiça constitucional*, por conter um enfoque filosófico (destaque do caráter axiológico dessa atividade, especialmente, na efetivação dos direitos fundamentais em Constituições principiológicas) e outro jurídico (maior especificidade em relação às expressões "controle de constitucionalidade" ou "defesa da Constituição"). (Cf. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1968, p. 12-13).

226 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 24-25, e Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 29-35. Cf., ainda, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, Princípios fundamentais do processo constitucional, in *Revista Mestrado em Direito*, ano 4, n. 4, Osasco, Edifieo, 2004, p. 181.

Observando esse aspecto, Pedro Cruz Villalón, ao tratar do sistema espanhol de um ponto de vista funcional, observa que justiça constitucional e jurisdição constitucional não são "coextensas", na medida em que a aplicação e a interpretação da Constituição nunca estiveram concentradas na jurisdição constitucional. Para os sistemas em que a Constituição é Direito, a jurisdição constitucional é a "jurisdição das garantias constitucionais", tal qual definido pela Constituição, mas seu "núcleo duro" é o controle de constitucionalidade das leis.[227]

Kelsen já considerava dessa forma. Sua doutrina, tributária de uma ordem jurídica fechada (que tem a Constituição no ápice) e considerando, a princípio, uma realidade federativa, compreende a jurisdição constitucional, basicamente, como garante da conformidade das leis à forma e ao conteúdo da Constituição, isto é, o controle de constitucionalidade da legislação. Ocorre que, ante a natureza dessa função, cumpre seja ela conferida a uma Corte Constitucional separada da jurisdição ordinária privada e também da outra jurisdição pública, a jurisdição administrativa.[228]

Na lição de Kelsen, portanto, ainda que se admita o cumprimento de outras funções pela Corte Constitucional, a jurisdição constitucional, por excelência, é o instrumento de garantia jurisdicional da Constituição[229], isto é, o conjunto de procedimentos jurídicos e práticos que permitam a avaliação da conformidade das leis ante a Constituição.

Depreende-se daí que é *necessária* a separação entre jurisdição constitucional e as demais jurisdições ordinárias do Estado, conferindo-se apenas à primeira o exercício da atividade principal que a caracteriza (decidir sobre a inconstitucionalidade das leis). Além disso, é *recomendável* que se mantenha no maior grau de pureza[230] possível, isto é, concentre-se na avaliação da constitucionalidade da legislação.

Assim, por jurisdição constitucional, pode-se compreender a atividade jurisdicional de garantia da Constituição, realizada na forma de processo, e por um órgão imparcial

---

227 Cf. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 455-463.

228 Cf. A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 17-19.

229 Cf. A jurisdição constitucional (trad. port. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão de La garantie jurisdictionelle de la Constitucion – la justice constitutionelle), in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 124. Alfonso Celotto, ao perguntar a que serve uma Corte Constitucional, apresenta a metáfora do Estado como uma grande e complexa engrenagem, na qual a Corte não representa uma das rodas dentadas, mas o responsável pela lubrificação, quando necessária para o melhor funcionamento. (*La corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 7).

230 Cf. Victor Ferreres Comella, The consequences, cit., p. 1707.

externo aos órgãos de direção política (independentemente de ser realizada por um Tribunal Constitucional ou por todos os tribunais ordinários). Não se confunde, pois, a jurisdição constitucional com as garantias políticas da Constituição.[231]

A despeito de não ser uma garantia política, a noção de jurisdição constitucional decorre de duas outras ideias, uma de natureza política e outra de natureza jurídica. No plano político, seu desiderato é a limitação do poder e a garantia de direitos, binômio do constitucionalismo moderno, ainda presente nas democracias atuais. De acordo com Louis Favoreu, a jurisdição constitucional reflete o desejo e a necessidade dos governados de controlarem os governantes para além dos períodos de eleições.[232]

No plano jurídico, essa proteção depende da rigidez constitucional. Para garantir a limitação dos poderes protetora dos direitos do homem, a Constituição que os inscrevia e organizava a realidade jurídico-política deveria possuir uma estabilidade diferente da legislação comum, isto é, deveria contar com procedimento distinto de alteração, de modo a assegurar que os direitos ali consagrados não seriam violados (ao menos, não facilmente).[233]

Como bem refletiu Kelsen ao propor uma configuração lógico-jurídica ao Estado (primazia do Direito sobre o Estado e não Estado sobre o Direito)[234], as normas extraem seu fundamento de validade de outras normas que regulam sua produção e que, nessa condição, são superiores.[235] Sendo a Constituição a norma (ou o conjunto de normas) que regula a produção das demais normas jurídicas, trata-se da norma superior do ordenamento positivo (Constituição material). A Constituição material goza, pois, de supremacia hierárquica em relação às demais normas do ordenamento.

Quando, além da regulação da produção legislativa, a Constituição prevê também procedimentos especiais para a reforma ou revogação das leis constitucionais (Constituição

---

231 Cf. Tania Groppi, ob. cit., p. 33. Cf., ainda, André Ramos Tavares, ob. cit., p. 106.

232 Cf. *Droit constitutionnel*, cit., p. 225.

233 Cf. Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 47-48. No mesmo sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição:* mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, São Paulo, Max Limonad, 1986, p. 6, e Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 15.

234 Cf. Giorgio Bongiovanni, Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920, in Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.), *O Estado de Direito: história, teoria, crítica* (trad. port. Carlo Alberto Dastoli), São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 380.

235 Cf. *Teoria pura*, cit., p. 246.

formal), aquele conteúdo material possui maior proteção.[236] A supremacia é, agora, hierárquico-formal e confere rigidez às normas constitucionais.[237]

Contudo, essa diferenciação entre forma legal e forma constitucional, tendente a conferir estabilidade à Constituição material, não opera por si só. Para que seja eficaz, ela depende de instrumentos políticos e/ou institucionais, tais como a responsabilização pessoal dos órgãos que participam da produção da lei[238] ou a possibilidade de atacar e anular as normas que não tenham observado os requisitos especiais prescritos e eventuais conteúdos proscritos.[239] Daí, a segunda consequência da supremacia hierárquico-formal das normas constitucionais: o controle de constitucionalidade.[240]

As necessidades (1) de impor um limite ao legislador ordinário (rigidez constitucional) e (2) de controlar a observância desse limite decorrem diretamente da supremacia constitucional.[241] Apesar disso, o controle de constitucionalidade não floresceu conjuntamente com o constitucionalismo moderno.

---

236 Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 247-248.

237 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 41.

238 Dentre os antecedentes remotos do controle de constitucionalidade, a doutrina cita a *graphe paranomon*, espécie de ação judicial de "ilegalidade" contra leis (*psefísmata*) da Assembleia Popular (*Ecclesía*) que afrontassem o direito transcendente (*nómoi*). A consequência dessa ação era de caráter dúplice: a responsabilização penal (desde que proposta dentro do prazo de um ano) do proponente ou do presidente da reunião que deixara de votar e a invalidade do ato contrário à lei superior. (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 14, e Mauro Cappelleti, *O controle*, cit., p.50-51). Jon Elster aponta a *graphe paranomon* como um "obstáculo contramajoritário às paixões da maioria" que tinha por objetivo proteger os cidadãos de si próprios, na medida em que o orador podia ser responsabilizado por uma proposta inconstitucional mesmo que ela houvesse sido aprovada pela Assembleia. (Cf. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições* [trad. port. Cláudia Sant'Ana Martins de Ulysses unbound], São Paulo, Editora Unesp, 2009, p. 155 e 164).

239 Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 249.

240 Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 45. Georges Vedel aponta que a ideia de hierarquia características dos sistemas jurídicos modernos apresenta quatro consequências no plano dos ordenamentos estatais: (1) estrutura hierárquica escalonada das normas (Constituição, lei, regulamento etc.); (2) conformidade das regras inferiores em relação às superiores, do ponto de vista formal (procedimento de produção) e material (compatibilidade de conteúdo); (3) princípio da legalidade *lato sensu* (normatividade ou juridicidade) como limite da validade das normas inferiores; e (4) princípio da constitucionalidade como um caso particular da ideia de legalidade, cuja dificuldade política (e não exclusivamente jurídica), porém, justifica a diferenciação. (Cf. ob. cit., p. 118-119).

241 De acordo com Mauro Cappelletti, essa necessidade é, até mesmo, anterior, encontrando-se radicada desde a história antiga da civilização humana. Nessa linha, o autor italiano referencia a *graphe paranomon* ateniense; o direito natural medieval; a aplicação pelos *Parlements* franceses das leis fundamentais do reino, oponíveis, inclusive contra o monarca; e a doutrina de Edward Coke quanto à prevalência do *common law* sobre os atos do parlamento e dos costumes. (Cf. *O controle*, cit., p. 45 *et seq*.).

O controle de constitucionalidade das leis, uma das várias atividades de garantia jurisdicional da Constituição[242], nada mais é que a verificação pela autoridade competente da conformidade de determinada ato jurídico (particularmente a lei) com a Constituição[243], de acordo com o respectivo ordenamento jurídico, com a possibilidade de anular o ato inconstitucional.

Ocorre que a noção de constitucionalidade é investida também de um relevante caráter político que desemboca em um paradoxo. De um lado, não se questiona que, juridicamente, uma norma contrária (formal ou materialmente) a outra superior deve ser declarada nula. De outro lado, também juridicamente, não pende dúvida que a Constituição concede ao Parlamento, eleito democraticamente pelo povo, a função de exprimir a vontade nacional.[244]

O problema se coloca, pois, politicamente, como compatibilizar a expressão da vontade nacional com o seu controle por um órgão que não fala por ela. A primeira resposta funda-se na própria Constituição: o órgão controlador não se opõe à vontade geral, mas observa sua forma mais solene e rigorosa que desejou o controle no primeiro e mais importante momento de sua expressão. Embora verdadeira a assertiva de que, ao estabelecer o controle, a própria vontade nacional desejou essa avaliação de conformidade, isso não muda o fato de que, no momento do controle, um órgão que não representa a vontade nacional é quem vai decidir sobre ela.[245]

E mais. Mesmo que a Constituição contemple, além de regras concernentes às instituições políticas (como a francesa de 1875), outras que protejam os direitos dos cidadãos contra o Estado, e que o órgão de controle seja considerado um efetivo defensor do indivíduo contra maiorias opressoras, o problema também não se resolve

---

242 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle,* cit., p. 23-25. No mesmo sentido, cf. Luca Mezzetti, ob. cit., p. 6.

243 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado,* n. 34, dez. 1990, p. 27.

244 Cf, Georges Vedel, ob. cit., p. 122-123. Jeremy Waldron é categórico ao afirmar que a "judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final desisionmaking in a free and democratic society." (Cf. ob. cit., p. 1348).

245 Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 123. Trata-se da "dificuldade contramajoritária" apontada por Alexander Bickel (cf. ob. cit., p. 16) e da concepção de política democrática do "monismo constitucional", de acordo com a qual não há distinção de legitimidade democrática e a decisão da maioria dos representantes regularmente eleitos deve ser respeitada. (Cf. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz, *Tres concepciones de la democracia constitucional,* in *Cuadernos y debates:* fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, Madrid, Centro de Estudos Constitucionales, 1991, p. 20-21).

definitivamente. A definição constitucional dos direitos é essencialmente abstrata – e é bom que assim seja –, não prescindindo da devida interpretação em sua concretização.[246]

A Constituição é um documento jurídico, mas não abandonou sua natureza política.[247] Da mesma forma se compreendem os direitos que ela consagra, especialmente, os direitos fundamentais (amplamente considerados). Ou seja, também eles possuem uma dupla realidade. De uma perspectiva são jurídicos, contudo, inegavelmente, quando se muda o ângulo, são também políticos.

Assim, na concretização legal dos direitos fundamentais, por exemplo, devem ser fielmente observados todos os parâmetros jurídico-constitucionais (não apenas de âmbito formal, como também de âmbito material). Mas estes não dizem tudo (caso contrário, sequer seria necessária a figura do Parlamento). Há certa discricionariedade ao legislador para que a lei reflita a vontade popular que o Parlamento representa.

Em grande medida, pois, o exercício do controle de constitucionalidade envolveria menos um efetivo confronto do que prescreve a Constituição e mais a ideia que, de fato, possui o órgão controlador sobre o tema.[248] Para os defensores dessa linha de raciocínio, faria mais sentido, em um governo democrático, que a interpretação – repita-se, dentro de todos os parâmetros jurídico-constitucionais – fosse deixada a cargo do Poder Legislativo, pelo simples fato de que, no mais das vezes, é o órgão constitucionalmente incumbido de representar a vontade popular, em contraponto ao temperamento comumente conservador dos juízes.[249]

---

[246] "Si précise que l'on supose la définition que la Constitution donne des droits des individus, il faut toujours interpréter ses formules qui sont nécessairemente assez abstraites et assez générales. Supposonn, par exemple, que la Constitution garantisse la liberté du travail et que le législateur fasse une loi limitant la durée de la journée de travail. La loi viole-t-elle la Constitution? Cela va dépendre, quelle que soit sa bonne foi, de l'idée que l'organe chargé du contrôle va se faire de la liberté du travail. Y verra-t-il un principe quasi-absolu ou un principe très relatif que doit céder devant d'autres principes de morale ou d'utilité sociale. Ceci va dépendre, sans même que le juge en ait conscience, de son tempérament, de sa formation, de ses convictions fondamentales, de son âge, de sa classe sociale." (Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 123-124).

[247] Como observa Anna Cândida da Cunha Ferraz, o "[...] *elemento político*, que impregna as normas constitucionais [...] reveste a interpretação constitucional de características muito peculiares [...]", distinguindo a interpretação constitucional da geral. E explica: "A natureza política da norma constitucional é intrínseca à Constituição, que rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competências aos poderes, assegura os direitos humanos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos. Ao desdobrar tal conteúdo, a Constituição positiva os princípios políticos fundamentais da organização do Estado. Daí porque a interpretação constitucional se move, no plano jurídico, sem descurar do elemento político que lhe é intrínseco." (*Processos informais*, cit., p. 26-28). No mesmo sentido, cf., ainda, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 247.

[248] Cf. Georges Vedel, ob. cit., p. 124.

[249] Georges Vedel cita exemplos dessa situação em crítica à Suprema Corte norte-americana pela frequente obstrução de leis sociais sob o argumento de que contrariam as garantias constitucionais de liberdade e de

Enfim, as águas não são tranquilas. A vasta literatura favorável e contrária ao controle de constitucionalidade não deixa qualquer dúvida da disputa política que se trava. No entanto, apesar desse embate ainda atual, não se discute que a garantia jurisdicional da Constituição é uma realidade na ampla maioria dos Estados Ocidentais.

E, assim como há distintos níveis de flexibilidade ou rigidez das Constituições, na prática também as formas e os graus de efetivação do controle de constitucionalidade das leis variam de sistema a sistema, de acordo com as realidades históricas e políticas em que foram engendrados. Como a função jurisdicional compreende a manifestação sobre uma questão de Direito por meio de uma decisão definitiva[250], cumpre inquirir sobre o quadro institucional mais adequado para sua produção. A mirada nas soluções dos clássicos modelos norte-americano e europeu é o primeiro movimento.

2.2 O estado da arte sob a perspectiva técnico-processual

A caracterização de modelos de controle de constitucionalidade remete à implantação do *judicial review* nos Estados Unidos. Como uma derivação *pretensamente lógica* (sempre na ótica da decisão de Marshall) da supremacia da Constituição e do poder judicial, independente de qualquer formulação teórica, os elementos nos quais repousa é que lhe darão contornos. Os termos da decisão de Marshall – ainda que discutíveis – são claros nessa caracterização.

Contudo, é apenas com o surgimento do modelo europeu que vão aparecer caracterizações com base em oposições binárias. Isso se deve ao fato de que, independentemente dos locais em que este modelo foi efetivamente implantado, foi forjado com o específico objetivo de fazer do controle de constitucionalidade uma função "[...] *regulada, positivada, racionalizada* y, en definitiva, *limitada*".[251]

---

propriedade ou, ainda, pela declaração de inconstitucionalidade de políticas econômicas do *New Deal*, enquanto, por outro lado, legislações de discriminação racial não foram julgadas contrárias à igualdade. (Cf. ob. cit., p. 124).

250 Cf. José Acosta Sánchez, ob. cit., p. 341, e Otto Pfersmann, *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI* (trad. port. Alexandre Coutinho Pagliarini), São Paulo, Saraiva, 2014, p. 180. Cf., ainda, Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 17-18, e J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 661.

251 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 32. No mesmo sentido, Héctor Fix-Zamudio, ob. cit., p. 11.

E, em grande medida, isso se deve ao esforço teórico empreendido por Kelsen para viabilizar um modelo de controle jurisdicional "contornando" o norte-americano, cuja experiência prática, em plena operação há mais de um século, já permitia a identificação, não apenas dos traços marcantes, mas, principalmente, dos potenciais problemas.[252]

Já é nessa linha, portanto, que Charles Eisenmann identifica os três aspectos da organização da justiça constitucional que apresentam um interesse teórico especial, cada qual com duas soluções-tipo que as ordens estatais podem combinar a seu alvedrio[253]: órgão responsável pelo controle (todas as jurisdições ou uma jurisdição única); modo de funcionamento do controle (incidental ou principal) e efeitos da decisão (especiais ou gerais).

Em estudo da "ilegitimidade constitucional" das leis, Piero Calamandrei busca uma classificação para os modelos de controle jurisdicional sob a ótica processual e distingue entre modelos difuso e concentrado (ou, respectivamente, judiciário e autônomo), identificando o primeiro aos sistemas norte-americanos e sul-americanos e o segundo aos sistemas de Checoslováquia, Áustria e Espanha, no período entre guerras.[254] No desenvolvimento teórico do eminente processualista italiano, esses dois modelos possuem um conjunto de características que se apresentam em oposições binárias quanto ao modo de introdução (incidental/principal), quanto à natureza da decisão de inconstitucionalidade (declaratória/constitutiva) e quanto aos efeitos (especial/geral).[255]

Para ficar com um último exemplo também de envergadura, Mauro Cappelletti, em estudo comparativo clássico, após distinguir o controle político do controle judicial, analisa este sob o aspecto subjetivo (difusão/concentração); sob o aspecto "modal"

---

252 O reconhecimento dessa situação de fato é evidente nos estudos de jurisdição constitucional de Kelsen. Nesse sentido, por exemplo, quando trata dos efeitos da lei inconstitucional, o autor pontua que ambos os sistemas de controle têm o mesmo objetivo, mas o norte-americano "[...] o persegue por meios juridicamente imperfeitos"; ou, ainda, quando critica a desvantagem da revisão judicial "apenas incidentalmente" e conclui que "´[a] regularização dessa questão na Constituição austríaca foi particularmente influenciada pela experiência da prática americana." (Cf. O controle judicial da constitucionalidade [Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana] [trad. port. de A comparative study of the Austrian and the American Constitution], in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 311 e 313).

253 Cf. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Paris, Librairie Génnérale de Droit & de Jurisprudence, 1928, p. 104.

254 Cf. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p. 35.

255 Cf. ob. cit., p. 5-6.

(incidental/principal) e quanto aos efeitos dos pronunciamentos (declarativo/constitutivo, particular/geral, retroativo/futuro).[256]

Enfim, inúmeras são as definições, explicações, relativizações e classificações.[257] Mas, invariavelmente, todas recorrem, em maior ou menor medida, a esse conjunto de atributos dos modelos tradicionais de controle de constitucionalidade das leis, ora os acolhendo, ora os relativizando, mas sempre os tendo em consideração.

Qualquer análise, portanto, sobre a utilidade ou atualidade de uma distinção entre modelos de controle de constitucionalidade deve tê-los em mente.

Quanto ao controle de constitucionalidade da legislação praticado nos Estados Unidos, não se pode perder de vista que, a partir da decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison*, desenvolveu-se, com feição jurisdicional-repressiva, isto é, um controle ligado à função propriamente judicial (exercida pelo Poder Judiciário) e dirigido contras atos já editados, tendo como características básicas (1) a difusão, (2) a concreção, (3) a eficácia subjetiva *inter partes*, (4) o caráter incidental, e (5) o efeito temporal *ex tunc*.

Por sua vez, o controle desenhado por Kelsen para o contexto jurídico-institucional da Áustria (e que, posteriormente, espalhou-se pela Europa), adaptando[258] as incompatibilidades do modelo norte-americano, também apresenta feição jurisdicional, ora repressiva, ora preventiva e suas principais características são (1) a concentração, (2) a abstração, (3) o caráter principal, (4) a eficácia subjetiva *erga omnes* e (5) a eficácia temporal *ex nunc*.

Ocorre que, atualmente, ampla corrente doutrinária defende, com a universalização da jurisdição constitucional, a existência de modelos paralelos que convivem com a tradicional distinção norte-americana/europeia ou mesmo que a superam.[259] Basicamente,

---

256 Cf. *O controle*, cit.

257 A propósito das diversas classificações dos modelos de jurisdição constitucional e de modalidades de controle da legitimidade constitucional no direito comparado, cf. Luca Mezzetti, ob. cit., p. 105 *et seq.*

258 Cf. Tania Groppi, ob. cit., p. 43.

259 A doutrina classificatória dos modelos de controle de constitucionalidade pode ser reunida em dois grandes grupos, para efeito dessa avaliação. O primeiro engloba, dentre muitos, aqueles que reconhecem a distinção clássica, mas, paralelamente, identificam outras modelos com autonomia própria. Nessa linha, Piero Calamadrei, a par dos modelos difuso e concentrado, reconhece um modelo misto caracterizado pela introdução do incidente de constitucionalidade (Cf. *La illegittimità*, cit., p. 36-39); Mauro Cappelletti indica uma aproximação entre os modelos norte-americano e europeu, quanto ao aspecto modal – controle incidental/principal – mas sem desnaturar a divisão (Cf. *O controle*, cit., p. 105-110); Domingo García Belaunde perfilha os modelos jurisdicionais norte-americano e europeu ao lado de modelos mistos (que fundem elementos de ambos) e duais (que permitem a coexistência separada de ambos) (Cf. *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 19-20); Albrecht Weber, além dos modelos difuso

o ponto comum de todas as posições nesse sentido é que a divisão entre modelos norte-americano e europeu é pautada em critérios estanques, que se apresentam em oposição absoluta e que não mais corresponde à realidade complexa dos sistemas atuais.

Assim, de um lado, as características básicas dos modelos clássicos não seriam exatamente reproduzidas nos países que adotam algum sistema de controle de constitucionalidade. De outro, a evolução da jurisdição constitucional, visando ao atendimento de necessidades crescentes, impactaria nas características dos próprios sistemas modelares em direção a uma aproximação.

Da primeira ordem, a consideração mais comum para a superação da dicotomia é a existência de um terceiro modelo misto ou híbrido, embora não faltem propostas mesmo de um *quartum genus*.[260] Da segunda, especialmente, a introdução de mecanismos incidentais em sistemas típicos do modelo europeu (como Alemanha, Itália e Espanha)[261] e a especialização constitucional da Suprema Corte (assemelhando-a às Cortes Constitucionais).[262]

Considerando, então, que as funções principais de uma tipologia são nortear o sistema e prever sua funcionalidade, a justificativa principal para a busca de novas

---

e concentrado, identifica algumas variedade de modelos mistos (cf. Jurisdicción constitucional em Europa Ocidental, in *Revista Española de Derecho Constitucional,* ano 6, n. 17, maio-ago, 1986, p. 52).

No segundo grupo, estão os autores que, por distintas razões, entendem que a distinção entre modelo norte-americano e europeu está superada. O motivo mais recorrente para tal conclusão é a convergência entre os modelos. Nessa linha, dentre outros, Edward MacWhinney defende a progressiva transformação, de fato, das Supremas Cortes em verdadeiros Tribunais Constitucionais especializados (Cf. *Supreme Courts and judicial law-making:* Constitutional tribunals and Constitutional review, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986); Francisco Rubio LLorente, dentre outras razões, identifica que as características do modelo kelseniano foram atenuadas e não dão mais conta da realidade europeia, o que se verificaria, por exemplo, nos incidentes de constitucionalidade e nos recursos de amparo (Cf. Seis tesis sobre la jurisdición constitucional en Europa, in *Revista Española de Derecho Constitucional,* ano 12, n. 35, maio-ago 1992, p. 22); Francisco Fernández Segado indica uma aproximação das características binominais entre os modelos como indicativo da obsolescência da divisão (Cf. *La evolución,* cit., p. 925 e ss.); Lucio Pegoraro aponta a convivência de mais de um modo de subministrar a jurisdição constitucional em cada sistema, indicando uma hibridação com modelos mistos ou mesmo um *quartum genus* e propondo classificações a partir de vários critérios distintos, como o contexto estrutural dos órgãos de jurisdição constitucional, as funções desempenhadas, a amplitude do parâmetro de controle, ao objeto, ao acesso e à qualidade dos sujeitos envolvidos (Cf. A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo, in Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho (orgs.), *Constitucionalismo e Estado,* Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 430 *et seq.*); Manuel García-Pelayo classifica as jurisdições constitucionais em função do binômio centralização/especialização, de forma que o modelo norte-americano corresponde ao que denomina *jurisdição descentralizada e não especializada,* enquanto o modelo europeu tem os recortes dos modelos clássicos, mas sob outras nomenclaturas (Cf. Estado legal y Estado constitucional de Derecho, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas e Políticas,* n. 82, Caracas, 1991, p. 43).

260 Cf. Lucio Pegoraro, A justiça, cit., p. 434-435.

261 Cf. Lucio Pegoraro, A circulação, cit., p. 60.

262 Cf. Lucio Pegoraro, A justiça, cit., p. 431.

sistematizações, além da dicotomia tradicional, seria a necessidade de adaptação para que os modelos assumidos em cada ordenamento sejam adequados e efetivos em suas realidades específicas e atuais.[263]

Ocorre que, em linhas gerais, a defesa da convergência dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade (estadunidense e europeu) é pautada, basicamente, com argumentos de ordem técnico-processual.[264]

Como bem sintetiza Roger Stiefelmann Leal, de maneira geral, seis seriam os fundamentos justificadores da aproximação dos modelos. Dois deles apontariam para o direcionamento do modelo europeu no sentido do americano: (1) estabelecimento de procedimentos de reenvio ou incidente de constitucionalidade nos modelos europeus (atribuição de incidentalidade e concretude ao modelo de origem abstrata e principal) e (2) estabelecimento de eficácia retroativa nas decisões proferidas no âmbito dos sistemas de modelo europeu (substituição da eficácia *ex nunc* pela eficácia *ex tunc*). [265]

Dois indicariam a aproximação com inclinação europeia: (3) importância da regra do *stare decisis*[266] com equiparação à eficácia *erga omnes* das decisões dos Tribunais Constitucionais (especialmente nas decisões proferidas na Suprema Corte americana, com a consequente imposição dos efeitos de maneira geral e não apenas para determinado caso particular) e (4) especialização da Suprema Corte americana na jurisdição constitucional, em função do uso do *writ of certiorari* (que lhe permite eleger os casos que vai apreciar).[267]

Finalmente, dois fundamentos não indicam a aproximação em um sentido ou outro, mas desnaturam características clássicas dos modelos tradicionais: (5) a superação do perfil de legislador negativo (em função da utilização de decisões propositivas e utilização

---

263 Cf. Lucio Pegoraro, A circulação, cit., p. 60.

264 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, ano 14, out.-dez. 2006, p. 64.

265 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 64.

266 Embora haja alguma oscilação na denominação do *stare decisis*, ora como regra, ora como princípio, ora como doutrina, a maioria da doutrina se refere à "regra do *stare decisis*", termo doravante preferido. (Cf., a propósito, Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 119; Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 954; Guido Fernando Silva Soares, Estudos de Direito Comparado (I): O que é a "*common law*", em particular, a dos EUA, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, 1997, p. 178; Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 67).

267 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 64.

de específicas técnicas interpretativas) e (6) a instituição de modelos híbridos com características de ambos os modelos, em vários países do mundo.[268]

Destarte, a partir da consideração desse conjunto de elementos (ainda que não do modo como ora foram aduzidos), o objetivo é analisar sua efetiva relevância para a discussão de uma aproximação do modelo e, para além das considerações pontuais, notadamente processuais, apontar o cerne da distinção entre os modelos norte-americano e europeu – a concentração ou a desconcentração do poder jurisdicional de negar validade às leis –, bem como analisar seus fundamentos históricos, teóricos e práticos, de modo a desvendar se há ou não um movimento de aproximação e quais são suas razões e significados.

2.2.1 Natureza e efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade: elementos acessórios não caracterizadores da distinção entre os modelos

A questão da eficácia temporal das decisões do controle é aspecto eminentemente processual. Embora já constasse do clássico estudo de Piero Calamandrei como elemento caracterizador dos modelos (efeito declaratório ou constitutivo)[269], não é decisiva, no atual estado do debate, para avaliar razões de persistência da dicotomia tradicional entre modelo norte-americano e modelo europeu.

Consoante observa Kelsen, a inexistência de força obrigatória à corte austríaca de última instância (nem mesmo com relação às suas futuras decisões) impôs fosse engendrada uma específica organização estrutural da Constituição de 1920 que garantisse o respeito às decisões sobre a constitucionalidade das leis, sob pena de desprestígio da própria Constituição.[270]

A solução encontrada foi a concentração da jurisdição constitucional em uma única Corte Superior, atribuindo-lhe competência para a anulação da norma julgada inconstitucional. Assim, se um órgão detinha poder para retirar a lei do ordenamento, simplesmente nenhum mais outro teria como aplicá-la.

---

[268] Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 64.

[269] Cf. ob. cit., p. 5.

[270] Cf. O controle, cit., p. 304.

Os efeitos desse pronunciamento da Corte seriam *ex nunc*, *a princípio* com efeitos apenas para o futuro. Essa opção, no entanto, não é aleatória. Deriva de dois aspectos centrais da teoria kelseniana.

Em primeiro lugar, Kelsen criticava qualquer efeito retroativo.[271] A produção de leis também é uma tarefa de aplicação do Direito – tal qual a decisão judicial –, de modo que, do ponto de vista da dinâmica do Direito, ambas são processos de individualização normativa.[272] Se há, pois, elevado nível de descentralização, é possível que as atividades de aplicação do Direito se desenvolvam em sentidos divergentes. Assim, somente o órgão aplicador definido pela Constituição com autoridade para fiscalizar a constitucionalidade é que conferirá força a esse entendimento. Como consequência, a lei inconstitucional não pode ser nula, mas apenas anulável, com a respectiva decisão produzindo efeitos apenas a partir de então.[273]

Em segundo lugar, a solução da anulabilidade está relacionada à natureza que Kelsen confere ao Tribunal Constitucional. Contrário à visão romântica do Direito ("Escola livre do Direito" e "Comunidade dos povos") – que, então, ganhava força na Alemanha e que reconhecia aos juízes a faculdade de deixar de aplicar a lei em nome de princípios mesmo fora do ordenamento jurídico[274] – Kelsen procurou criar um modelo

---

271 Essa compreensão levou Kelsen, inclusive, a criticar a noção de que, no sistema norte-americano de controle, a Suprema Corte apenas declarava a inconstitucionalidade considerando a lei nula *ab initio*. Como, em sua visão, não pode haver nulidade absoluta dentro de um sistema de direito positivo (pois o ato precisa ter existido legalmente para ser objeto de julgamento por uma autoridade cujos poderes são designados pelo próprio Direito), em verdade, está-se diante do maio alto grau de anulabilidade. (Cf. A jurisdição, cit., p. 141-143; O controle, cit., p. 308-309; e *Teoria Pura*, cit., p. 307-308).

272 Cf. Quem deve ser, cit., p. 251-253.

273 Cf. *Teoria pura*, cit., p. 305-307. Carlos Blanco de Morais cita a dissensão doutrinária e jurisprudencial, alguns no sentido da *nulidade-existência*, outros da *paralisação* da norma sem produção de efeitos. (Cf. ob. cit., p. 282). Para Elival da Silva Ramos, a questão da eficácia temporal está diretamente relacionada à natureza da sanção aplicada ao vício de inconstitucionalidade, a qual depende do modelo adotado pelo ordenamento jurídico, nulidade ou anulabilidade. No caso da adoção da sanção de nulidade, a decisão de controle somente pode ser declaratória, não se havendo que falar em efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, mas apenas em reconhecimento da ineficácia, pois o ato inconstitucional sequer adentra o plano da validade (tratar-se-ia de uma aparência de retroatividade ou de uma retroatividade imprópria). Quando, por outro lado, a sanção escolhida é a de anulabilidade, a decisão de controle é constitutiva, podendo-se falar em, propriamente, em efeitos retroativos ou irretroativos. Frisa, ainda, o autor que, com relação à decisão negativa da inconstitucionalidade, a natureza é sempre declaratória da presunção de constitucionalidade que a lei já possui, independentemente da sanção eleita. (Cf. *Controle*, cit., p. 50-53 e 86-90, e *A inconstitucionalidade*, cit. p. 87-94).

274 Cf. Francisco Fernández Segado, La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, in *The Spanish Constitution in the European constitutional context*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 860-861. Cf., ainda, Eduardo García de Enterria, ob. cit., p. 132.

contraposto ao modelo norte-americano e ao controle judicial e difuso que se resenhava na República de Weimar.[275]

Em oposição ao subjetivismo judicial, Kelsen desenhou um modelo abstrato e objetivo. Contra o caráter antidemocrático e conservador da estrutura judicial, propôs um controle concentrado, capaz, ainda, de conferir segurança jurídica e uniformidade ao sistema. Nessas condições, o Tribunal Constitucional assume a tarefa de anular as leis inconstitucionais com o mesmo caráter de generalidade com que foram produzidas, isto é, equiparando-se à função legislativa, mas com o sinal invertido.

Para reafirmar o princípio da soberania da lei, demonstrando a complementaridade e a contribuição entre as funções do Tribunal Constitucional e do Parlamento, Kelsen criou a figura do "legislador negativo".[276] Equiparando as funções, tem-se que os efeitos dos atos de aplicação do Direito desses órgãos devem ser os mesmos. Assim, tal qual a decisão do "legislador positivo", a decisão do Tribunal Constitucional não pode ter efeitos retroativos, inclusive porque esta nada mais é que um ato ab-rogatório[277] e, até sua publicação, a lei se afigurava constitucional porque produzida por um intérprete autorizado da Constituição.

Além disso, sem prejuízo de sua defesa da produção de efeitos apenas para o futuro (a partir da publicação da decisão ou de outra data que o Tribunal considerasse adequada, quando houvesse permissão constitucional)[278], Kelsen admitia a possibilidade de anulação retroativa, excepcionalmente, de acordo com as circunstâncias.[279] Ou seja, exatamente como, tipicamente, ocorre no modelo norte-americano, cujo controle é concreto.

Portanto, para Kelsen, a eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional não se colocava, exatamente, em oposição a eficácia das decisões proferidas no controle norte-americano, seja porque a diferença entre nulidade e anulabilidade é apenas uma diferença de grau, seja porque, em algumas situações, era admitida a retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

De outro lado, também a Suprema Corte norte-americana admite alguma relativização quanto aos efeitos temporais de suas decisões que reconhecem a

---

275 Cf. Carl Schmitt, ob, cit., p. 23.

276 Cf. Francisco Fernández Segado, La justicia, cit., p. 863.

277 Cf. Hans Kelsen, O controle, cit., p. 305.

278 "O ideal da segurança juridical requer que, geralmente, só se atribua o efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação." (Cf. Hans Kelsen, A jurisdição, cit., p. 145).

279 Cf. O controle, cit., p. 305.

inconstitucionalidade de leis.[280] Nessa senda, reconheceu, em *Linkletter v. Walker*, que a tese da nulidade do ato inconstitucional e a consequente aplicação de efeitos retroativos à respectiva decisão de inconstitucionalidade não estão proibidos nem prescritos pela Constituição. Assim, a atribuição de efeitos temporais é questão de política judicial e deve ser apreciada de acordo com as condições concretas do caso.[281]

O princípio de que decisões judiciais operam retroativamente está ligado ao mero papel de descoberta do juiz do significado da lei (ou do *common law*), isto é, a decisão somente tem efeitos retroativos porque reflete regras ou valores anteriores a ela e que foram desrespeitados. No entanto, há hipóteses em que a aplicação retroativa da decisão pode trazer injustiças maiores que sua não aplicação. Isso ocorre, por exemplo, quando as cortes superam precedentes (*overruling*) e o novo entendimento pode ser mais prejudicial às partes que a manutenção do *status quo*.

Assim, excepcionalmente, o juiz pode conferir efeitos prospectivos à sua decisão e, embora comumente isso seja feito na superação de precedentes (*prospective overruilng*), a aplicação da técnica pode ser ampla, incluindo também novos precedentes, independentemente se ligado ao *common law* ou à interpretação da Constituição.[282]

Destarte, parece não haver, propriamente, "radical" e "extrema contraposição"[283] entre os modelos norte-americano e europeu, mas uma diferença de ênfase na matriz original de cada modelo[284] presente desde sua concepção ou logo entabulada.

---

280 Roger J. Traynor aponta decisões de várias cortes norte-americanas que concederam efeitos prospectivos a suas decisões na superação de precedentes anteriores. Dentre elas, estão *Gelpcke v. City of Dubuque* (1863) e *Brown v. Board of Education* (1954). Quanto a esta o autor observa: "Normally, state action that has been declared unconstitutional would be promptly terminated. Given the massive adjustment necessitated by the decision, however, the United States Supreme Court framed its decision in terms of the now famous equitable injunction calling for compliance 'with all deliberate speed', a phrase that enabled the court to have its new rule take effect in slow motion." (Cf. Roger J. Traynor, Quo vadis, prospective overruling: a question of judicial responsability, in *The Hastings Law Journal*, vol. 28, jan. 1977, p. 544-545, Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hastlj28&div=27&g_sent=1&collection=journals>).

281 Cf. Ana Paula Ávila, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:* ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

282 Cf. Roger J. Traynor, ob. cit., p. 541-542.

283 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 115.

284 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 70.

2.2.2 Modo de introdução da questão de (in)constitucionalidade: via incidental e via principal como mecanismos de distinta racionalização impulsiva

A distinção entre controle incidental ou principal depende do *modo de introdução/provocação* da questão de constitucionalidade, isto é, se por via de exceção em uma controvérsia que visa dirimir um litígio entre partes (modelo norte-americano) ou se, diretamente, como questão principal em que a própria lei é questionada (modelo europeu).

Embora também em uma dimensão processual[285] – e o processo, por si só, não avalie a conformidade da lei –, não se pode negar sua importância para que se projete, na prática, uma garantia efetiva da Constituição. Afinal, a conformação do processo é que definirá em que termos a questão chegará ao tribunal para ser analisada.[286]

No modelo norte-americano, este ponto é resolvido pela própria lógica do sistema. Primeiramente, como o controle é exercido apenas como meio[287] – e não fim – para proteger um direito da parte violado por uma lei alegadamente inconstitucional, é evidente que qualquer pessoa pode provocar o órgão fiscalizador. Além disso, como todos os juízes e tribunais estão autorizados a exercer esse controle, no âmbito do próprio processo (que lhes chegam de acordo com as regras ordinárias de competência), não há o sobrecarregamento (necessariamente) de nenhum órgão.

Assim, a inconstitucionalidade da lei é invocada *incidentalmente* como meio de solução de um litígio e desde que seja relevante para isso. Não é objeto da ação, mas apenas o fundamento do direito cujo objeto é discutido.[288]

Inegavelmente, o acesso indiscriminado a todos os indivíduos contribui sobremaneira para a garantia da Constituição como instrumento obrigatório. Não por outra razão, Kelsen reconhece essa centralidade ao entender que a forma *ideal* de iniciar o

---

285 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição, cit., p. 173, e Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 74.

286 Sobre o condicionamento do sistema austríaco de controle em função do regime de legitimação, ver Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 382 *et seq*.

287 De acordo com a definição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, o controle pela incidental decorre da "[...] alegação da parte para exigir a prática de um ato coartado por lei tida por contrária à Constituição, ou como alegação de defesa contra a prática de um ato exigido com fundamento numa lei viciada de igual modo." (Apontamentos, cit., p. 29).

288 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 899, e Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*, Rio de Janeiro, Companhia Impressora 7, 1893, p. 100, Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>.

processo de verificação seria uma *actio popularis*, isto é, qualquer pessoa poderia questionar a constitucionalidade de uma lei frente à Corte Constitucional.[289]

Ocorre que, na prática esse caminho se torna inviável, tanto pela possibilidade de proliferação de ações temerárias, quanto pelo risco de congestionamento do tribunal. O primeiro perigo está ligado ao fato do controle kelseniano ser realizado abstratamente (independentemente de qualquer violação de direito particular). O segundo, ao fato de haver um único tribunal competente para a decisão da inconstitucionalidade.[290]

Ademais, não se pode olvidar que a jurisdição constitucional austríaca foi desenvolvida para dar conta do contexto específico de um Estado unitário que se tornara Estado federativo (diferentemente, pois, da formação da federação norte-americana), demandando, assim, o estabelecimento de mecanismos de garantia da nova unidade nacional.[291]

Sob tais perspectivas é desenhado o sistema de controle de constitucionalidade da Constituição federal austríaca de 1920, com adoção de uma legitimação estrita de acesso aos tribunais que permitisse o respeito às competências constitucionais de legislar.[292] Assim, o processo de exame poderia ser iniciado pelo governo federal quanto a leis estaduais, pelos governos estaduais contra leis federais ou, *ex officio*, quanto a qualquer lei que devesse ser aplicada pela Corte Constitucional em um litígio sujeito a sua apreciação[293] (nesta hipótese, os partidos políticos poderiam também alegar a inconstitucionalidade, mas o exame dependia da discrição da Corte).[294]

---

289 Cf. A jurisdição, cit., p. 174.

290 Cf. A jurisdição, cit., p. 174.

291 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 7.

292 Pedro Cruz Villalón relata que, muito embora a impugnação da lei não devesse, necessariamente, basear-se nas competências legislativas entre governo federal e governo dos Länder, essa foi a lógica do sistema. Comprova isso a verificação de que, no período de 1920 a 1933, das cinco sentenças da Corte Constitucional proferidas por impulso dos Länder, quatro se referiam à repartição de competências entre os entes federativos. Do mesmo modo, as dez sentenças proferidas em controle iniciado pelo governo federal, todas versavam sobre a distribuição de competências. (Cf. *La formación*, cit., p. 382-383).

293 Como, por exemplo, a aplicação de uma lei penal em uma das hipóteses de resposnbilização criminal a cargo de julgamento da Corte Constitucional, na forma dos artigos 142 e 143 da Constituição austríaca (Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 385).

294 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 18 e 23-24, e Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 382-383.

Trata-se, pois, de um modelo de controle exercido por meio de um processo autônomo no qual a lei é o objeto principal de julgamento.[295]

Embora restrita, essa configuração de acesso não inviabiliza o controle pela Corte nem sugere a melhor adequação do modelo norte-americano. Por ser a questão da constitucionalidade das leis eminentemente pública e nem sempre coincidente com os interesses privados[296], há de se garantir instrumentos que possam dar conta de atender essa necessidade especial, sob pena de enfraquecimento da própria Constituição.

Assim, de um lado, a introdução das questões constitucionais exclusivamente pela via principal se mostra insuficiente por deixar de fora eventuais leis lesivas a direitos fundamentais, privilegiando apenas a questão federativa. De outro, o acesso pela via incidental permite escapar ao controle as leis que não gerem *cases or controversies*[297-298], deixando em segundo plano o interesse público de preservação da Constituição.[299]

Da parte norte-americana, uma lei de 24 de agosto de 1937 conferiu importância ao interesse público no controle de constitucionalidade das leis ao estabelecer dois novos mecanismos: a intervenção do governo federal, em qualquer ação entre particulares, para defender a validade de uma lei federal impugnada, ou a interposição de recurso à Suprema Corte contra decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade.[300]

---

295 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 900.

296 Cf. Hans Kelsen, O controle, cit., p. 311. No mesmo sentido, cf. Francisco Rubbio Llorente, Seis tesis, cit., p. 19.

297 "Imagine-se, em particular, o caso de uma lei federal que viole a esfera de competência constitucional de um Estado-membro: se não puder surgir ou se, de qualquer modo, não surgir algum caso concreto em que aquela lei seja relevante, sobre ela, em um sistema de controle que opere, exclusivamente, em via incidental, não poderá nunca ser exercido qualquer controle judicial de constitucionalidade." (Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 112).

298 Mauro Cappelletti rejeita as *advisory opinions* e os *declaratory judgements* como possíveis exceções à regra do controle incidental norte-americano. O primeiro é afastado pelo autor por ser considerado fora do controle judicial de constitucionalidade em sentido próprio. Tratar-se-ia de uma "função de consulta político-constitucional". O segundo também não seria propriamente um controle principal, mas uma tendência jurisprudencial de reconhecer uma lide atual e concreta, mas antes da violação (satisfazendo ao requisito do *cases and controversies*). (Cf. *O controle*, cit., p. 102-103). Francisco Fernández Segado aponta que a rejeição da Suprema Corte, em 1793, de se pronunciar por meio de "opiniões consultivas" (*advisory opinions*) comprovaria a vinculação umbilical do *judicial review* com o controle incidental, sendo sempre necessário um interesse (*La evolución*, cit., p. 949). Embora, de fato, a ligação seja próxima com a classificação incidental/principal, parece mais adequado tratá-los no tópico relativo ao binômio abstração/concretude.

299 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 949-950.

300 Cf. Hans Kelsen, O controle, cit., p. 312. No mesmo sentido, cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 950.

Na prática, as limitações iniciais do modelo austríaco, especialmente no que diz respeito à proteção de direitos individuais, levaram à reforma constitucional de 1929, de caráter técnico e político, que, dentre outras medidas, introduziu o incidente de constitucionalidade. Assim, aos órgãos de cúpula da jurisdição ordinária *lato sensu* (Tribunal Supremo e Tribunal Administrativo) – e apenas a eles – era facultado apresentar questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, na hipótese de vislumbrarem, em caso concreto sob seu julgamento, fundadas razões contra a conformidade constitucional da lei que deveriam aplicar.[301]

Francisco Fernández Segado entende que ambas as inovações, norte-americana e austríaca, indicariam uma relativização das características tradicionais dos modelos, indicando uma aproximação entre eles. No caso do modelo europeu esse movimento seria amplamente realçado na Europa do pós-segunda guerra, quando o elemento incidental foi aportado a vários sistemas, como Itália, Alemanha e Espanha.[302]

Contudo, a prática do reenvio ou do incidente de constitucionalidade, mesmo com a ampliação dos legitimados pelos ordenamentos europeus, não parece suficiente para modificar o caráter principal do controle exercido pelas Cortes Constitucionais, tampouco para indicar uma aproximação em direção ao modelo norte-americano.

Em primeiro lugar, Kelsen já reconhecera as dificuldades e apontara várias soluções de política legislativo-constitucional, sem que isso desnaturasse sua criação. Tratar-se-ia não de simplesmente estabelecer um controle incidental, mas de instituir mecanismos que pudessem racionalizar o controle principal. Nessa linha, propôs (1) o impulso pela autoridade incumbida da aplicação da lei quando duvidar de sua constitucionalidade; (2) provocação por algumas autoridades elevadas; (3) provocação pelos tribunais; (4) pedido pelos governos dos Estados membros contra leis da União e do governo federal contra leis estaduais; (5) criação de um defensor da Constituição junto à Corte Constitucional exclusivamente para impugnar as leis que julgasse irregulares; (6) legitimação de uma

---

301 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 267. Cf., ainda, Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 64-65.

302 Cf. *La evolución*, cit., p. 950-951. Cf., ainda, Lucio Pegoraro que inclui nesse movimento a "parlamentarização" do controle francês, isto é, a legitimação das minorias parlamentares (60 deputados ou 60 senadores) para provocar o controle abstrato das leis ordinárias junto ao Conselho Constitucional. Em 2008, o caráter incidental do controle francês foi ampliado com a introdução da *question prioritaire de constitutionnalité.* (Cf. seção 1.4.2)

maioria qualificada do Parlamento; (7) atribuição ao próprio Tribunal, *ex officio*, do poder de avaliar a constitucionalidade das leis em hipóteses que a Constituição determinar.[303]

Em segundo lugar, quanto ao exercício de um controle incidental pela autoridade responsável pelo acionamento da Corte Constitucional, verifica-se um mero juízo de constitucionalidade da lei[304], acessível (e desejável/exercitável) não apenas a todos os órgãos judiciais, como, também, a todos os órgãos estatais. A decisão de inconstitucionalidade continua sob o monopólio da Corte Constitucional, abstratamente e com efeitos *erga omnes*, na forma de anulação da lei.

Esse aspecto será mostrado adiante, mas, por ora, contribui na demonstração de que também com base no modo de provocação do controle de constitucionalidade não se identifica um movimento capaz de superar a dicotomia entre os modelos norte-americano e europeu.

2.2.3 Modo de decidir sobre a (in)constitucionalidade da lei: abstração e concretude como métodos distintos de fiscalização

Como visto, na formulação original da Constituição austríaca de 1920, o controle de constitucionalidade poderia ser instaurado, exclusivamente, em três hipóteses: impugnação de lei estadual pelo governo federal; impugnação de lei federal por governo estadual; e exame, de ofício, de lei que sujeita à aplicação da Corte em litígio que lhe coubesse julgar.

A instauração do controle, no entanto, não dependida de qualquer interesse particular ofendido pela lei, pois o objetivo desse controle recíproco é um interesse público, político e constitucional.[305] Mesmo no caso de que a Corte decidisse exercer sua competência *ex officio*, o processo no qual exsurgiu a suposta lei inconstitucional deveria

---

303 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição, cit., p. 174-176.

304 Eduardo García de Enterría identifica essa exata situação na Constituição espanhola. É expressa a proibição de que os juízes e tribunais ordinários declarem a inconstitucionalidade de leis, estando, no entanto, habilitados (e obrigados) a concluir, positivamente, sobre a constitucionalidade da lei que deve ser aplicada no caso sob julgamento. Se o resultado desse juízo na aplicação da lei for negativo, há obrigação de acionar o Tribunal Constitucional para exercer seu monopólio de afastamento da lei, com efeitos *erga omnes*. (Cf. ob. cit., p. 65-66). Cf. seção 3.3.1

305 Cf. Francisco Rubio Llorente, Seis tesis, cit., p. 22.

ser suspenso quanto à matéria litigiosa, dando-se início à avaliação exclusiva da constitucionalidade da lei.[306]

Quanto ao sistema norte-americano, conferindo o controle de constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, via interpretação da Constituição, houve por bem encontrar os fundamentos de impulso em seu próprio texto. Assim, a ênfase dada aos termos *cases* e *controversies*[307] é tida como parâmetro de contenção no exercício dessa atividade fiscalizadora. Como poder constituído, o judiciário também deve obedecer aos comandos da Constituição e esta prescreve que sua ação somente se pode dar no litígio entre partes que tenham sofrido lesão suficiente a demandar seu pronunciamento.[308]

O que liga, portanto, muito proximamente os binômios incidental/principal e concreto/abstrato[309] é o fato de que, no modelo austríaco, os legitimados a provocar a Corte Constitucional faziam-no, exclusivamente, sem vinculação a um litígio real, impugnando a lei *abstratamente*, unicamente em seu confronto com a Constituição.

Já no modelo norte-americano, o controle dependia – e ainda depende – da existência de uma lide, bem como de que a constitucionalidade da lei *deva* ser analisada (questão prejudicial) para resolver a questão concreta colocada pelas partes frente ao juiz. O litígio deve, pois, existir, efetivamente, e de seus termos depende a decisão sobre a (in)constitucionalidade da lei.

A introdução e a ampliação do sistema de reenvio ou incidente de constitucionalidade, no modelo europeu, são, portanto, um dos principais motivos de se

---

306 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 23-24. No mesmo sentido, cf. O controle, cit., p. 311-312.

307 "Article III […] Section 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects."

(Cf. <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>)

308 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 949.

309 Essa vinculação é feita, por exemplo, por Calamandrei: "Per la legittimazione di chi può proporlo, su può distinguere in *incidente* o *principale*, secondo che possa proporsi soltanto in via pregiudiziale da chi è parte in una controvérsia concreta, al momento in cui si tratta di applicare la legge di cui si contesta la legittimità, ovvero possa proporsi come tema separato e principale della richiesta, mettendo direttamente in questione la legittimità della legge in generale, senza ttendere che ne sai offerta la occasione da una controversia di specie." (Cf. *La illegittimità*, cit., p. 39.).

considerar fundidas as oposições abstração/concretude e via principal/via incidental, pois aproximariam o juiz constitucional dos fatos concretos do caso particular.

Veja-se a imbricação: a introdução do elemento *incidental*, no modelo europeu, atribuir-lhe-ia algum caráter *concreto*[310], pois haveria uma vinculação com a situação fática. Isso não significa dizer que a Corte Constitucional deixará de tomar a lei em abstrato, confrontando, apenas por meio de operações lógico-silogísticas, sua compatibilidade com a Constituição. Mas, se existem fatos concretos que lastrearam o levantamento da questão, seu conhecimento pode, em alguma medida, contribuir com a solução a ser tomada.[311]

Todavia, ainda que estejam intrinsecamente unidos, os atributos são distintos.

O controle é incidental porque a decisão sobre a constitucionalidade da lei não é o assunto que o processo visa solucionar (trata-se apenas de uma questão prejudicial, prévia e necessária, para a decisão de fundo que resolve o processo). O controle é concreto porque a decisão é tomada no âmbito de um caso concreto, um litígio efetivamente existente entre partes sobre um determinado bem da vida e que demanda uma solução.[312]

Na mesma linha, o controle é principal porque a própria decisão sobre a constitucionalidade é a solução do processo (não se trata de etapa, meio, mas do fim único e próprio almejado). E o controle é abstrato porque a decisão recai sobre a própria lei, em tese, em função de preceitos e princípios constitucionais, sem qualquer vinculação a elementos de outra ordem na orientação da decisão.[313]

Como observam Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, no controle abstrato, "[...] a defesa da supremacia constitucional em abstrato é o objetivo primordial a se atingir, ainda que, indiretamente, ao se proteger a Constituição se

---

310 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Análise de direito comparado e nacional, in *Caderno de Direito Constitucional*, Porto Alegres, EMAGIS, 2006, p. 34.

311 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 951-952.

312 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 137. Nessa linha, no controle concreto, as normas processuais "[...] não são autônomas e sim as mesmas que norteiam a tramitação do que podemos chamar de processo subjetivo, para o qual estão direcionadas as disposições que o constituinte entendeu relevantes, com vistas à garantia de paridade de condições para os litigantes sustentarem suas razões em juízo." (Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Princípios*, cit., p. 183).

313 Cf. Francisco Rubbio Llorente, Seis tesis, cit., p. 19. Cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, Controle, cit., p. 139.

proceda também, genericamente, à defesa dos direitos fundamentais, que constituem seu núcleo essencial."[314] Trata-se, portanto, de um processo de defesa da Constituição.[315]

Francisco Fernández Segado reconhece que o alegado caráter "concreto" conferido pelo incidente de constitucionalidade somente pode ser considerado em um sentido impróprio[316], pois o levantamento da questão pelos juízes e/ou tribunais ordinários à Corte Constitucional é feito de maneira abstrata e sua decisão não resolve o litígio.[317] Ou seja, no julgamento promovido pela Corte Constitucional, o alvo ainda é a constitucionalidade da lei, apesar das considerações do caso concreto.[318]

O controle é abstrato, portanto, quando faz um juízo da própria lei, em função de sua compatibilidade com a Constituição, e não de sua aplicação em uma lide dada.[319] De outra forma, é concreto, quando se faz um juízo de aplicação da lei ao caso concreto e, nesta tarefa, surge a necessidade de avaliar a conformidade da Constituição.

Alguns exemplos de sistemas adotados na Europa e alguns mecanismos do sistema norte-americano[320] podem ajudar a entender a distinção. Como visto, basicamente, há duas maneiras de iniciar o questionamento de uma lei nas Cortes Constitucionais europeias (*acesso*): (1) de forma principal, antes ou depois de sua promulgação, por uma ação conferida aos legitimados restritos, normalmente órgãos estatais (*constitutional challenge*)[321], ou (2) de forma incidental, subdivida em duas hipóteses, quais sejam, (2.a) o

---

314 Cf. *Princípios*, cit., p. 183.

315 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 900.

316 "Bien es verdad que, a nuestro entender, este carácter 'concreto', supuestamente contrapuesto a la 'abstracción' que parece connatural al carácter principal del control, solo puede visualizarse en un sentido impróprio, que se vincula con el planteamiento de la cuestón, y ello aunque haya de admitirse que, en ló básico, la cuestión planteada por el juez ordinario ante el juez constitucional será la de incompatibilidad entre dos normas, la legal y la constitucional, esto es, uma cuestión esencialmente abstracta." (Cf. *La evolución*, cit., p. 951).

317 Cf. Francisco Rubbio Llorente, Seis tesis, cit., p. 23.

318 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 463.

319 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 951.

320 Alec Stone Sweet expressamente considera a classificação controle abstrato/concreto como um "modo de revisão" (Cf. *Governing with judges:* Constitutional politics in Europe, New York, Oxford University Press, 2000, p. 50). Mas, ao não fazer uma distinção precisa entre o que considera controle abstrato e controle principal, entende que a noção de abstração seria um pouco diferente na Europa e nos Estados Unidos: "In the jargon of European constitutional law, 'abstract review of legislation' refers to the control of the constitutionality of statues, by a court or other jurisdiction, prior to their application or enforcement by public authorities. In American parlance, abstract review is review in the absence of a concrete 'case or controversy', the pure form of which is pre-enforcement review." (Cf. Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 347-348).

321 No caso das leis orgânicas francesas, a Constituição habilita apenas o Primeiro Ministro para provocar o controle, mas determina que a lei *deve* passar pela fiscalização, não lhe deixando, pois, margem de

incidente ou questão de constitucionalidade, por meio do qual juízes e/ou tribunais submetem leis supostamente inconstitucionais à apreciação da Corte e (2.b) a reclamação ou recurso constitucional (*constitutional complaint*), que possibilita aos indivíduos acionarem a Corte Constitucional quando consideram que um direito fundamental foi violado.[322]

Em Luxemburgo, não há instrumentos para impugnar diretamente as próprias leis (*constitutional challenge*). A Corte Constitucional detém o monopólio da decisão de inconstitucionalidade, mas somente pode realizar essa função por meio de incidentes de constitucionalidade (*constitutional questions*) levantados pelos juízes ordinários. A lei impugnada é apreciada pela Corte e, com base na decisão proferida, cabe ao juiz ordinário solucionar o caso que ficara suspenso. Finalmente, a decisão vincula apenas o juiz ordinário do caso, bem como os demais juízes que julgarem eventuais apelos, não possuindo efeitos gerais.[323] Ou seja, mesmo não havendo controle principal, em Luxemburgo, a fiscalização da constitucionalidade se dá abstratamente.

Na França, a reforma constitucional de 2008 implantou a *question prioritaire de constitutionnalité* e introduziu o elemento incidental. A lei orgânica que regulou a aplicação do respectivo art. 61-1 da Constituição deixou clara a natureza abstrata do procedimento de fiscalização a partir da questão de constitucionalidade. Assim, após recebê-la do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação (únicos legitimados), o Conselho Constitucional deve comunicar o presidente, o primeiro ministro, os presidentes da Assembleia e do Senado, os quais podem aportar suas considerações sobre a questão. No prazo de três meses, depois de findo um procedimento contraditório que inclui audiência pública, o Conselho deve decidir.[324]

Alemanha, Áustria e Espanha possuem sistemas de controle que adotam recursos constitucionais[325] (respectivamente, *Verfassungsbeschwerde*, *Individualantrag* e recurso de

---

discricionariedade. (Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, cit., p. 346-347). Na prática, pois, é quase que um controle automático iniciado por um mandamento constitucional.

322 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 463-465.

323 Consoante observa Victor Ferreres Comella, quando se trata de questões de constitucionalidade – caso de Luxembrugo –, "[t]he court will not decide the case, confining itself to a determination of the relevant statute's constitutionality." (Cf. The European, cit., p. 464-465). A propósito do controle de constitucionalidade em Luxemburgo, ver artigos 6 a 16 da *Lois portant organization de la Cours Constitutionnelle* (<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1997/0058/a058.pdf#page=2>).

324 Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, cit., p. 341.

325 Cf. Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 149, e Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 34.

amparo) por meio dos quais os indivíduos podem acionar diretamente a Corte Constitucional. Muito embora, na maioria dos casos, o fundamento do recurso seja a interpretação incorreta de uma lei (por uma sentença ou uma decisão administrativa), quando a impugnação é dirigida contra a própria lei, a fiscalização da Corte será abstrata, independentemente do tipo de procedimento.[326]

Como se vê, a ampla difusão de diversas modalidades de incidentes de constitucionalidade *não* altera o quadro típico do modelo europeu de controle: mesmo nas hipóteses em que a provocação se dá por alguma via incidental (mais ou menos restrita), a fiscalização é realizada de forma abstrata.[327]

Alguns Estados norte-americanos adotam *advisory opinions*, isto é, opiniões formais de um juiz ou uma corte, em resposta a uma consulta legal submetida pelo legislativo ou pelo executivo, independentemente de qualquer *case or controversie* ou interesses particulares.[328]

Mauro Cappelletti entende que sua existência – inclusive nos sistemas nacionais de controle de outros países como Canadá, Índia, Noruega e Finlândia – não implicaria derrogação de um controle tipicamente incidental, principalmente porque tais pareceres

---

326 "[I]f the statute itself is found to be a fault, the court will review the statute and pass on its constitutionality in the abstract (either in the same procedure or in a separate one)." (Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 465). Cláudia Toledo e Luiz Moreira observam, no entanto, que "[o] recurso de amparo espanhol, apesar de se assemelhar essencialmente ao *recurso constitucional* alemão, é mais restrito, não se dirigindo contra ato legislativo" (Cf. Introdução para a edição brasileira, in Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 11). No mesmo sentido, Pedro Cruz Villalón adverte que não se encontra "[...] prevista la posibilidad de denunciar directamente la vulneración del derecho fundamental ocasionada por la ley." Isso não o impede, contudo, de identificar uma "dimensão objetiva" no amparo espanhol, bem como de postular por "mais amparos contra a lei". (Cf. Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad*, cit., p. 470-471). No sentido do reforço da dimensão objetiva do recurso de amparo, cf., ainda, Pablo Perez Tremps, Tribunal Constitucional, juez ordinário e uma deuda pendiente de el legislador, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan./jun. 2003, p. 127-146, em especial, p. 132.

327 Nesse sentido também Louis Favoreu rejeita a aproximação do modelo norte-americano. Quanto às *constitutional questions*, indaga e responde, notadamente no que tange ao controle de constitucionalidade de leis: "O controle concentrado por remessa dos autos pela jurisdição inferior surge como controle privilegiado. Não estaríamos desse modo nos aproximando da tradição estadunidense? Várias constatações podem limitar um pouco o alcance dessa primeira conclusão. Primeiramente, esse tipo de controle é muito pouco utilizado na Alemanha, Áustria e Espanha, pois há poucas remessas dos tribunais ordinários a propósito de leis; porém, em compensação ele é mito utilizado na Itália. Não seria também um contencioso objetivo, na medida em que o processo incidente escapa às partes e a decisão tomada no recurso tem efeito *erga omnes*? Além disso, o verdadeiro requerente no processo constitucional, na Itália, não é o juiz *a quo*, ou seja, uma autoridade pública?" Não é outra a conclusão também para as *constitutional complaints* que infirmem a constitucionalidade de leis, apresentando função é "objetiva". (Cf. *As cortes*, cit., p. 35).

328 Cf. George Neff Stevens, Advisory Opinions--Present Status and an Evaluation, in Washington Law Review & State Bar Journal, n. 34, 1959, p. 1-3. Disponível em

<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/washlr34&div=4&id=&page=&collection=journals#3>

não seriam controle judicial em sentido próprio, mas função consultiva de natureza político-constitucional[329] e não vinculante.[330]

Assim, justamente por não estar configurada dentro da função básica do juiz de descoberta do direito para solução de um caso concreto, a emissão de opinião prévia sobre o conteúdo de lei que o próprio juiz poderá, posteriormente, ser chamado a aplicar, prejudicaria sua independência do e violaria a separação de poderes.[331]

Finalmente, na tentativa de atribuir a existência de modalidade abstrata de controle de constitucionalidade também nos Estados Unidos, Martin Shapiro e Alec Stone citam *preliminary injunctions* e *declaratory judgments*[332] como instrumentos aptos à suspensão judicial da aplicação de lei cuja constitucionalidade esteja pendente de julgamento. Por tais medidas comumente serem propostas logo após a edição da lei, a avaliação sobre a constitucionalidade feita nesse momento preliminar assumiria um caráter abstrato, já que não houve tempo para a produção de efeitos.

Na mesma linha, os autores mencionam a possibilidade de impugnar, abstratamente (*facial challenges*), leis que violem as liberdades garantidas pela Primeira Emenda, inclusive em favor de terceiros. O fundamento reside na ideia de que uma lei que amplie, genérica e excessivamente, a autoridade do governo sobre atividades protegidas pela Primeira Emenda é presumivelmente inconstitucional, independentemente de sua concreta aplicação.[333] Em outras palavras, se a lei possui um escopo amplo demais – no juízo da corte –, não será necessário avaliar cada situação concreta para fixar o conteúdo da norma em função dos fatos. Consequentemente, se o entendimento judicial é que, para um

---

329 Cf. *O controle*, cit., p. 102.

330 Isso, ao menos, em tese. Na prática dos Estados norte-americanos, Mel A. Topf observa que a doutrina da não vinculação falha e as *advisory opinions* redundam em sucedâneos do *judicial review*, razão pela qual propõe sua abolição. (Cf. State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review, in *Law Review M.S.U.-D.C.L.*, n. 101, 2001, p. 103. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mslr2001&div=11&id=&page=&collection=journals#154>). Cf., ainda, James R. Rogers e Georg Vanberg, Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective, in American Journal of Political Science, v. 46, n. 2, apr. 2002, pp. 382-383. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3088383>.

331 Cf. Federalist n. 73, The Provision For The Support of the Executive, and the Veto Power, in Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist Papers*, cit.

332 *Preliminary injunctions* são ordens judiciais que tem por objetivo preservar uma determinada situação enquanto pende julgamento sobre o mérito que lhe toca. *Declaratory judgements* são medidas utilizadas pelos juízes para esclarecer os direitos de umas das partes na lide, antes de sua resolução. Embora sejam instrumentos distintos, os critérios para a concessão de ambos são os mesmos: a plausibilidade do mérito do direito invocado e o risco de dano irreparável. (Cf. *On Law*, cit., p. 348-349).

333 Cf. Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law*, cit., p. 349.

determinado indivíduo, a lei é inconstitucional, fatalmente também será para terceiros igualmente sujeitos a ela.

Nenhuma das hipóteses, no entanto, parece ser, de fato, exercício de um controle de constitucionalidade quer abstrato, quer principal. Quanto às *preliminary injunctions* e aos *declaratory judgments*, tem-se, na verdade, o mesmo tradicional tipo de controle concreto e incidental praticado. O *case or controversie* é o próprio mérito da questão que será posteriormente julgado ou, no limite, o perigo que se apresenta ao litigante, o qual também conta com contornos relativamente bem definidos em função da plausibilidade do suposto direito violado. Trata-se de um aspecto de garantia processual e não de mudança no *judicial review*.

Quanto às *facial challenges*, em primeiro lugar, continua sendo um controle incidental aberto: qualquer indivíduo pode buscar a proteção de um interesse particular (que é o objetivo final) e o fundamento para tanto pode ser a inconstitucionalidade de uma lei (questão prejudicial). Em segundo lugar, também não parece estar conformado um controle propriamente abstrato, pois há um caso concreto levado ao juiz e é para a solução dele – com base nos fundamentos trazidos pelo litigante – que a questão da constitucionalidade deverá ser analisada. Talvez também aqui se esteja diante de um aspecto processual, pois a decisão poderá aproveitar a terceiros que não participaram do processo. Contudo, igualmente não se altera o panorama do modelo norte-americano.

Como se vê, uma distinção mais precisa entre o modo de instaurar o controle e seu procedimento de avaliação mostra que a introdução do elemento incidental – que, a propósito, não fora rejeitado por Kelsen no desenho do modelo europeu – não altera sua característica abstração, tampouco permite que outros órgãos decidam sobre a constitucionalidade, aspecto que será detalhado adiante.

2.2.4 Eficácia subjetiva da decisão controladora: efeito erga omnes e stare decisis *como políticas distintas de coerência sistêmica*

Piero Calamandrei, em suas oposições classificatórias diádicas, distinguia os efeitos das decisões de inconstitucionalidade entre especiais e gerais.[334] No modelo difuso, como

[334] Cf. *La illegittimità*, cit., p. 5.

decorrência do controle concreto, a decisão nega a aplicação da lei para solucionar a questão de fundo, de modo que seus efeitos subjetivos somente podem estar limitados às partes envolvidas no litígio. Trata-se do efeito *inter partes.*

De outra forma, no modelo concentrado[335], quando o juiz constitucional fiscaliza a compatibilidade da própria lei com a Constituição, sua eventual decisão de inconstitucionalidade implica invalidação da lei *erga omnes,* retirando-lhe para sempre sua eficácia normativa, de maneira geral e abstrata.[336-337]

Nos demais aspectos processuais até aqui tratados, a doutrina indica a convergência dos modelos de controle pautada em uma aproximação do europeu em relação ao americano. Quanto aos efeitos subjetivos, a relativização indica que a solução kelseniana, que atribui efeitos gerais à decisão de inconstitucionalidade, acabou prevalecendo também nos Estados Unidos, independentemente de o controle depender de um caso concreto – e se realizar nele –, por conta da força do precedente, típico nos países filiados ao *common law,* e, mais especificamente, por conta da regra do *stare decisis.*[338]

Ainda que o sinal seja invertido, também a eficácia subjetiva da decisão de controle não parece indicar tamanha aproximação entre os modelos norte-americano e europeu que justifique a superação da distinção. E isso se explica, basicamente, porque (1) nos países de tradição romano-germânica permanece nítida a distinção entre efeitos *erga omnes* e *inter partes;* (2) nos Estados Unidos, o *stare decisis* relativiza o efeito *inter partes* também em outras matérias além da constitucional; e (3) a diferença entre o efeito *omnes* e o *stare decisis* continua bem definida, operando com objetivos e padrões diferentes.

---

335 Elival da Silva Ramos subdivide sua explicação dos efeitos da decisão no controle concentrado com base no acesso à Corte Constitucional, se pela via incidental ou se pela via principal. Em ambas, porém, sua conclusão é a mesma: como a Corte está encarregada de fiscalizar a harmonia da própria lei com a Constituição, os efeitos de sua decisão são *erga omnes*. (Cf. *Controle,* cit., p. 83-85).

336 Nas palavras de Calamandrei, "l'accertamento della illegittimità porti ad invalidare la legge *erga omnes* ed a farle perdere per sempre la sua efficacia normative generale ed astratta." (Cf. *La illegittimità,* cit., p. 5).

337 Elival da Silva Ramos observa que, no controle concreto, não se pode falar, propriamente, em coisa julgada material, pois, a decisão da questão prejudicial de inconstitucionalidade faz parte da fundamentação do julgado e é o comando da sentença que faz coisa julgada e não as normas que lhe servem de pressupostos. Assim, o que ocorre é que a resolução da prejudicial de constitucionalidade, "[...] enquanto antecedente lógico do dispositivo da sentença e integrado à sua motivação, produz efeitos restritos às partes, naquele específico processo". (Cf. *Controle,* cit., p. 83). No caso de controle abstrato, por outro lado, a decisão resultante desse "*processo constitucional contencioso*" faz, efetivamente, coisa julgada material, vinculando as autoridades políticas e administrativas responsáveis pela aplicação da lei. (Cf., José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo,* 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 54).

338 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución,* cit., p. 954-957.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo dão conta que os juízes da Europa continental medieval e pré-revolucionária atuavam de maneira mais parecida com os juízes ingleses, inclusive desenvolvendo uma doutrina própria do *stare decisis.* Porém, com a revolução venceram também o dogma da lei como expressão da vontade geral e a separação estrita de poderes, restringindo sobremaneira a função judicial (no mais, ligada ao regime anterior) e rejeitando a regra do *stare decisis.*[339]

Conseguintemente, na tradição romano-germânica, ficou reservada à lei a produção de efeitos gerais e abstratos. Ao juiz cumpriu aplicar estritamente a lei geral apenas no caso concreto que lhe é submetido. Na aplicação da receita de Montesquieu, esse mecanismo neutraliza o Poder Judiciário em si mesmo e impede que, tendo a pena à mão, se espraie na produção do Direito.

Como, nos sistemas de tradição romano-germânica, a ideia de atribuir um papel destacado à jurisprudência foi sempre combatida[340], consagrou-se o efeito *inter partes* das decisões judiciais. Para contornar essas dificuldades, a solução kelseniana foi criar uma Corte – destacada do Poder Judiciário, bem como dos demais poderes, especialmente, do executivo – com poderes de anular uma lei inconstitucional. A decisão do "legislador negativo" possuía, pois, efeitos gerais ("mesmo caráter de uma lei ab-rogatória").[341]

Os países que adotam o modelo europeu de controle, então, sempre conviveram com efeitos *inter partes* conferidos às decisões dos juízes ordinários e efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade da Corte Constitucional. E, ainda que com pontuais temperanças[342], essa é a regra que persiste.

Nos Estados Unidos, por outro lado, a regra do *stare decisis* relativiza o efeito *inter partes* das decisões judiciais em todas as matérias, mas não vai tão longe quanto o efeito *erga omnes* do qual são dotadas as decisões das Cortes Constitucionais europeias.[343]

---

339 Cf. *A tradição da* civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina (trad. port. Cássio Casagrande de The civil law tradition, 3 edition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 65.

340 Cf. Guido Fernando Silva Soares, Estudos, cit., p. 172.

341 Cf. Hans Kelsen, O controle, cit., p. 305-306.

342 Para uma discussão de alguns desses aspectos no Brasil, cf. Luiz Guilherme Marinoni, Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, in *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 49, Curitiba, 2009, p. 11-58.

343 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, in Louis Favoreu *et al., Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 602.

O *common law* é um direito jurisprudencial.[344] Como a função da jurisprudência também é criadora, adquiriu uma autoridade natural na evolução do Direito, e sua observância é a garantia de segurança jurídica. No Direito inglês, a obrigatoriedade da observância de outras decisões proferidas anteriormente consubstanciou-se na regra do precedente. No Direito norte-americano, cristalizou-se a regra do *stare decisis*¸ uma versão abrandada em decorrência da estrutura federal de Estado.[345]

Como redução da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas), implica que "[...] juízes e tribunais inferiores devem *estar com as decisões* da Corte superior e *não mover as decisões pacificadas*."[346]

Trata-se de um mecanismo para pacificar o sistema jurídico como um todo, propiciando-lhe segurança e coerência[347], de modo que é o início de todo processo decisório dos juízes e, mesmo nos casos sem precedentes, comumente outros podem fornecer o raciocínio jurídico necessário para a decisão que, por sua vez, será um novo precedente para casos futuros.[348]

Ou seja, além de se tratar de uma característica básica de todo e qualquer processo judicial – e não exclusivamente daqueles que envolvam matéria constitucional –, não emana apenas da Suprema Corte. Todas as cortes inferiores (*lato sensu*) devem observar os precedentes das cortes que lhes são superiores.

---

344 Cf. seções 1.2 e 3.2.

345 Cf. René David, *Os grandes,* cit., p. 428 e 490.

346 Cf. Sérgio Resende de Barros, Simplificação do controle de constitucionalidade, in Ives Gandra da Silva Martins, *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo,* Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 600.

347 "In his dissenting opinion in *Burnett v. Coronado Oil Co.* (1932), Justice Louis D. Brandeis observed that '*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right." (Cf. Steven Harmon Wilson [ed.], *The U. S. justice system:* an encyclopedia, v. II, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2012, p. 649).

348 "Stare decisis signifies the basic characteristic of the judicial process that differentiates it from the legislative process. In the legislative process there is neither beginning nor end. It is an endless free wheeling experiment, without institutional restraints, that may have rational origins and procedures and goals or that may lack them. In contrast, a judge invariably takes precedent as his starting point; he is constrained to arrive at a decision in the context of ancestral judicial experience: the given decisions or, lacking these, the given clues. Even if his search of the past yields nothing, so that he confronts a truly unprecedented case, he still arrives at a decision in the context of judicial reasoning with recognizable ties to the past; by its kinship thereto it not only establishes the unprecedented case as a precedent for the future, but integrates it into the often rewoven but always unbroken line with the past." (Cf. Roger J. Traynor, ob. cit., p. 536-537).

Assim, como todos os juízes e cortes possuem autoridade para fiscalizar a constitucionalidade das leis, um determinado precedente de uma Corte de Apelação (*Court of Appeals*)[349] sobre matéria constitucional que, eventualmente, não tenha sido objeto de decisão da Suprema Corte, será fonte obrigatória de direito para seus juízes inferiores, em virtude da regra do *stare decisis*.[350] Tem-se, na verdade, uma reafirmação do compartilhamento da jurisdição constitucional entre todos os órgãos do Poder Judiciário e não uma aproximação ao modelo europeu.

Finalmente, muito embora a falta de tal instrumento de coerência sistêmica tenha estimulado[351], nos países europeus, a centralização do controle de constitucionalidade em um único órgão capaz de proferir decisões com efeitos gerais, é certo que o *stare decisis* é menos rígido que a decisão *erga omnes*, na medida em que (1) há técnicas específicas de superação e distinção dos precedentes (tanto pela própria Suprema Corte, como pelas cortes inferiores)[352]; e (2) a superação dos precedentes da Suprema Corte é facilitada[353] e estimulada (afinal, diferentemente da Inglaterra, uma eventual decisão errada não pode ser superada pelo Poder Legislativo).[354]

Como o próprio Kelsen já observara, ainda que, *na prática*, o *stare decisis* possa ser parecido com uma anulação geral, a diferença entre ambos ainda é decisiva.[355] Ele apenas

---

349 Kelsen apresenta um exemplo parecido no qual uma corte estadual decide a questão constitucional e, posteriormente, sobrevém uma decisão da Suprema Corte em sentido oposto. Quer com isso demonstrar que a regra do *stare decisis* não é absoluta e não pode evitar, sempre, decisões contraditórias. (Cf. O controle, cit., p. 308).

350 Muitas cortes de apelação proferem decisões que decidem não publicar. Tais decisões não podem ser citadas como precedentes e possuem apenas efeitos *inter partes*, não vinculando casos futuros. (Cf. Toni M. Fine, *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano* [trad. port. Eduardo Saldanha de *An introduction to the anglo-american legal system*], São Paulo, WMF Martins Fontes, 2011, p. 36).

351 Kelsen observa que o perigo da falta de uniformidade nas questões constitucionais é grande e, como as decisões da corte ordinária suprema austríaca não tinham força obrigatória, era desejável uma centralização do controle de constitucionalidade das leis. (Cf. O controle, cit., p. 307).

352 "Podem as cortes superiores, igualmente, desconsiderar um '*precedent*' e decidir com novas razões um caso semelhante: é o *overruling* (autêntica abrogação do precedente, ou, no que é mais comum, sua derrogação, continuando válido para certos aspectos da questão examinada o que nada mais é do que transformar um '*holding*' num '*dictum*'!)." (Cf. Guido Fernando Silva Soares, Estudos, cit., p. 185).

353 Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución*, cit., p. 955. Kelsen também cita precedente da Suprema corte dando conta de que "[q]uestões constitucionais estão sempre abertas a exame" e observa que isso, de fato, ocorria. (Cf. O controle, cit., p. 307).

354 Cf. Sérgio Resende de Barros, ob. cit., p. 601. Cf., ainda, Carlos Blanco de Morais, ob. cit., p. 282; e Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 127-128. Essa possibilidade de superação, inclusive, é o que permite adaptar a interpretação constitucional da Suprema Corte, atributo que é frequentemente exaltado como garantidor da estabilidade das instituições políticas norte-americanas. (Cf. René David, *Os grandes*, cit., p. 490-491).

355 Cf. O controle, cit., p. 307.

cristaliza – potencialmente, de forma temporária – uma determinada interpretação da Suprema Corte.

Diferentemente das decisões das Cortes Constitucionais europeias que possuem efeito vinculante, o *stare decisis* não se impõe externamente ao Poder Judiciário, isto é, não obriga também os demais poderes do Estado.[356-357] De fato, pois, parece mais adequado, justamente, a um sistema que fiscaliza a constitucionalidade a partir de *cases and controversies*.[358]

Assim, no modelo europeu, a marcada distinção entre o efeito *erga omnes* e efeito *inter partes* separa a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária, ao passo que, no modelo americano, o *stare decisis* apenas compatibiliza, funcionalmente, o fato de todos os órgãos jurisdicionais compartilharem a jurisdição constitucional.[359] Parafraseando *Justice*

---

356 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 128.

357 Em uma dimensão gradativa (de *weak judicial review* a *strong judicial review*), Jeremy Waldron se baseia no poder de retirar a legislação do ordenamento, detido por algumas Cortes Constitucionais europeias, como uma forma de estabelecer um tipo ainda "mais forte" de *strong judicial review:* "A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether". O autor observa, ainda, que as cortes norte-americanas não detém esse poder, mas ressalva que a questão é discutida: "The matter is not clear-cut. In support of the proposition that unconstitutional statutes are not struck out of the statute book, consider *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), in which the Supreme Court by a majority held that a federal statute (18 U.S.C. § 3501) purporting to make voluntary confessions admissible even when there was no *Miranda* warning was unconstitutional. The closing words of Justice Scalia's dissent in that case seem to indicate that legislation that the Supreme Court finds unconstitutional remains available for judicial reference. Justice Scalia said: 'I dissent from today's decision, and, until § 3501 is repealed, will continue to apply it in all cases where there has been a sustainable finding that the defendant's confession was voluntary.' *Id* at 464. A contrary impression may appear from *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 849 (5th Cir. 2004), in which the Fifth Circuit held that the Texas abortion statute at issue in *Roe v. Wade* must be deemed to have been repealed by implication. A close reading of that case, however, shows that the implicit repeal was held to have been effected by the Texas statutes regulating abortion after *Roe*, not by the decision in *Roe* itself." (Cf. ob. cit., p. 1354-1355).

358 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 118.

359 Com o objetivo de sanar a falta da força do precedente típica dos sistemas de *common law*, alguns ordenamentos de países de tradição romano-germânica conformaram seus sistema de controle de constitucionalidade das leis em uma estrutura monista – ou seja, todos os órgãos jurisdicionais exercem, concomitantemente, a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária –, mas criaram órgãos centralizados que, em determinadas hipóteses, exercem o controle de maneira concentrada e cujas decisões possuem eficácia *erga omnes*. Assim, em Portugal, o Tribunal Constitucional pode ser provocado para se manifestar, com efeito *erga omnes*, sobre decisão de juiz ordinário que deixou de aplicar a lei. Na Grécia, compete à Corte Suprema especial decidir sobre contestações relativas à inconstitucionalidade de lei formal, bem como sobre a interpretação de leis quando houver contradição entre decisões do Conselho de Estado, do Tribunal de cassação ou do Tribunal de contas. Na Estônia, os juízes ordinários podem deixar de aplicar leis que reputam contrárias à Constituição enquanto aguardam manifestação da Corte nacional. (Cf. Lucio Pergoraro, A circulação, cit., p. 64-65).

Felix Frankfurter em *Helvering v. Hallock* (1940)[360], efeito *erga omnes* e *stare decisis* são distintas políticas de coerência sistêmica e não meras intercorrências processuais.

Como se vê, também os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade não indicam uma aproximação superativa da divisão tradicional. Ultrapassados, pois, os aspectos processuais, cumpre examinar as demais questões que contrapõem os modelos.

---

[360] Na formulação original, *Justice* Felix Frankfurter ponderava que "[w]e recognize that *stare decisis* embodies an important social policy. It represents an element of continuity in law, and is rooted in the psychologic need to satisfy reasonable expectations. But *stare decisis* is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence." (Cf. Steven Harmon Wilson [ed.], ob. cit., p. 649).

3 ESTRUTURA POLÍTICO-FUNCIONAL COMO *RATIO* DA DISTINÇÃO ENTRE OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

3.1 Estrutura monista e estrutura dualista

Ainda no primeiro capítulo de seu estudo sobre as Cortes Constitucionais, Louis Favoreu aponta que o modelo europeu é *muito* diferente do modelo norte-americano de jurisdição constitucional.[361]

No modelo europeu, há órgãos, competências e procedimentos distintos e separados para a jurisdição constitucional e para a jurisdição ordinária. Apenas um tribunal especialmente constituído para tal fim, e que goza de destacada importância no quadro político-constitucional do próprio Estado, pode se pronunciar, abstratamente (razão pela qual não se pode falar, propriamente, em litígio) e em caráter definitivo e geral, sobre a desconformidade de uma lei em cotejo com a Constituição.[362]

Na clássica definição de Favoreu de Corte Constitucional, independentemente de sua denominação formal, essa característica também é evidenciada, ao lado da independência e da divisão de funções que visa promover: "[...] uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos."[363]

O aparelho jurídico institucional norte-americano, de outra forma, não distingue a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária. Todos os juízes e cortes podem negar validade a uma lei quando forem chamados a aplicá-la em um caso concreto, nas mesmas circunstâncias do (e como condição para) o julgamento desse litígio.

Daí o modelo norte-americano ser denominado difuso.[364] Trata-se do modelo descentralizado[365] por excelência que, baseado no poder normal do juiz para dirimir o

---

361 Cf. *As cortes,* cit., p. 17.

362 Cf. Louis Favoreu, *As cortes,* cit., p. 17.

363 Cf. *As cortes,* cit., p. 15.

364 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 898.

conflito que lhe é submetido, atribui a todos os órgãos jurisdicionais a competência para recusar a aplicação das leis que violem a Constituição.[366]

De acordo com Victor Ferreres Comella, o modelo concentrado é baseado, portanto, em uma *estrutura dualista*, isto é, uma divisão da jurisdição estatal em duas partes: jurisdição constitucional (atribuída exclusivamente a uma Corte Constitucional e que consiste em fiscalizar a constitucionalidade da legislação) e jurisdição ordinária (em sentido lato, englobando todas as demais jurisdições em que um Estado, por opção política, se dividir; atribuída aos demais órgãos jurisdicionais, comumente do Poder Judiciário; e que consiste em julgar casos concretos com base na lei).[367]

O modelo norte-americano, difuso, por outro lado, é baseado em uma *estrutura monista*, ou seja, todo o Poder Judiciário exerce, integralmente, toda a jurisdição, não havendo razão para separar uma jurisdição constitucional de outra ordinária.[368-369]

Nessas diferenças de estrutura[370] político-funcional, portanto, está a verdadeira base da distinção entre os modelos norte-americano e europeu: o binômio concentração/desconcentração da fiscalização da constitucionalidade das leis.[371] Afinal, para que a jurisdição constitucional possa, efetivamente, intermediar o diálogo entre

---

365 Cf. Victor Ferreres Comella, The consequences, cit., p. 1706.

366 Cf. Jorge Miranda, *Manual*, t. VI, cit., p. 120.

367 Cf. The consequences, cit., p. 1706. Cf., ainda, Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 74. Mauro Cappelletti, da mesma perspectiva lógica, fala em "bifurcación [...] de la 'rama constitucional'". (Comunicacion oral, in Louis Favoreu *et al.*, *Tribunales*, cit., p.657).

368 Cf. Victor Ferreres Comella, The consequences, cit., p. 1706. Cf., ainda, Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 74. Mauro Cappelletti, denomina tal estrutura de "monolítica". (Comunicacion oral, cit., p.657).

369 Os modelos denominados mistos ou híbridos (como Portugal, Grécia e, mesmo o Brasil), comumente, apenas cumulam ou reúnem, em seus sistemas de controle, elementos dos dois modelos clássicos, permitindo que ora as questões sejam avaliadas de forma concentrada e abstrata e ora de forma difusa e concreta. Diante disso, o que, na prática, ocorre é que os órgãos da jurisdição ordinária também exercem a jurisdição constitucional. Como consequência, tais sistemas mistos ou híbridos possuem uma estrutura monista, de matriz norte-americana. (Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 72-75).

370 O capítulo da obra de Mauro Capelletti destinado ao tema tem como condução, justamente, uma "análise estrutural", isto é, dos "[...] órgãos aos quais pertence o poder de controle" (Cf. *O controle*, cit., p. 65-66).

371 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 73-75. No mesmo sentido, cf. Louis Favoreu. Como se depreende, naturalmente, do até aqui apresentado, esse critério não é pacífico. Otto Pfsermann, especificamente em uma crítica de enfoque à literatura comparatista, pontua que o problema atual é, precisamente, a comparação apenas da jurisdição constitucional como instituição (organização e competências dos órgãos), mesmo quando analisa a jurisprudência (exercício efetivo dessas competências no juízo de conformidade dos atos normativos à Constituição), negligenciando a discussão sobre a organização do conflito de normas (consequências das decisões sobre a (in)constitucionalidade), a qual entende central para uma classificação. (Cf. Otto Pfersmann, ob. cit., p. 179-180).

democracia[372] e Estado de Direito, sua composição, suas competências e seus poderes não podem ser considerados aspectos meramente secundários.[373]

Como opção político-constitucional, pode ser guiada por vários critérios, mas a tomada dessa decisão não se pode furtar ao conhecimento das condições histórico-políticas e os aspectos jurídico-institucionais que levaram ao surgimento e justificam a configuração de cada modelo, sob pena de uma transposição inopinada esbarrar em resistências que obstarão os efeitos pretendidos[374] ou mesmo levarão a outros indesejados.

Nesses termos, nas seções que seguem, os objetivos são (1) discutir as razões que impeliram, na Europa, a separação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária *lato sensu* (civil, penal, administrativa, fiscal etc.), concentrando o poder de negar validade às leis apenas nas Cortes Constitucionais; (2) examinar como se encontra, especificamente, o debate desse monopólio, de forma a apurar se há mudanças capazes de afetar essa organização estrutural; e (3) argumentar sobre potenciais significados da distinção entre modelos europeu e norte-americano de controle de constitucionalidade.

3.2 Distintas inspirações decorrentes do *common law* e da tradição romano-germânica

A Constituição não é mágica. Não se basta em si mesma para a solução de todos os problemas dos homens e das sociedades.[375] Assim também, a jurisdição constitucional não é uma panaceia. Antes, deve ser compreendida como um mecanismo de defesa, especialmente por meio da composição das inevitáveis tensões internas. E as especificidades, na produção e na aplicação do Direito, decorrentes do *common law* e da tradição romano-germânica geram conflitos distintos.

O *common law* surge e se desenvolve a partir da aplicação do Direito pelos juízes na resolução de litígios e não de uma apreensão científica. Como consequência, a regra de

---

372 A ideia subjacente é que democracia não é o mesmo que regra da maioria e demanda proteção das minorias por uma Constituição escrita que não possa ser modificada nem mesmo por uma assembleia democraticamente eleita. (Cf. Ran Hirschl, ob. cit., p. 1-2).

373 Cf. Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 3.

374 Cf. Jean Rivero, A modo de síntesis, in Louis Favoreu *et al.*, *Tribunales*, cit., p. 681.

375 Cf. Rogério Ehrhardt Soares, ob. cit., p. 36.

Direito é menos abstrata que a de tradição romano-germânica[376], ou seja, não tem uma pretensão universal e de aplicação futura, mas, sim, particular e de proporcionar uma solução ao específico processo levado ao juiz. Destaca-se, inclusive, nessa linha, a importância conferida às regras de processo em relação às regras de direito material, propriamente ditas.[377]

Além disso, como sua origem está ligada às cortes constituídas pelo rei e a ele submetidas (sua difusão deveu-se, historicamente, à aplicação uniforme, em todo o reino, do Direito real em substituição aos Direitos feudal e local[378]), surgiu como um Direito eminentemente público, com menor influência dos princípios romanos civilistas.[379]

A família de Direito romano-germânica, por outro lado, foi marcada pelo ideal de compilação e codificação harmônica dos diversos tipos de normas então existentes, "[...] dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos."[380] Assim, fundadas no Direito romano e na preocupação com uma ordem racional de conceitos, as regras são pautadas em padrões de conduta rigorosamente ligados a preocupações de justiça e moral. Como um Direito de inspiração científica (exegeses das universidades europeias das compilações de Justiniano), essas concepções substantivas que deviam preencher as regras estavam a cargo de teóricos (e não aplicadores) do Direito e pretendiam-se universais. Daí o importante papel atribuído às leis e aos códigos.[381]

Sua formação tem como principal centro, justamente, a Europa continental, mas sua aplicação, diferentemente do *common law*, não tem como fundamento qualquer centralização do poder político (nos séculos XII e XIII, essa ideia não era sequer ali concebível). Desta forma, a fundação do Direito romano-germânico está na cultura e na sociedade, fora de qualquer intenção política.[382]

---

376 René David explica que "[a] denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos." (Cf. *Os grandes sistemas*, cit. p. 24). Guido Fernando Silva Soares prefere a denominação *civil law*, utilizada pelos autores ingleses e norte-americanos (Cf. ob. cit., p. 170).

377 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 24-25.

378 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit. p. 15. Cf., ainda, René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 40-41; e Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., p, 175.

379 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 24-25.

380 Cf. Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., p, 171.

381 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 23-24.

382 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 40-41.

Nesses distintos contextos, a Constituição e sua defesa assumem significados e formas diferentes. No caso inglês, como visto, o constitucionalismo identificava-se com a tradição e os princípios implícitos extraídos das instituições da nação, independentemente de um documento escrito. A *British Constitution*, então, se impunha em virtude da inviolabilidade do Direito comum inglês[383]: lei e direitos declarados pela jurisprudência é que protegeriam os súditos do arbítrio.[384]

Na Europa ocidental, por outro lado, o mesmo desejo de garantir uma esfera de liberdade inalcançável ao arbítrio do poder pautou-se nas ideias de previsibilidade e calculabilidade, levando à sacralização da lei de tipo racional.[385] Como expressão da segurança jurídica – atributo fundamental na tradição romano-germânica –, coube à lei, revelada racionalmente pelo Parlamento, assumir o papel de relevância, ficando o juiz relegado a uma tarefa de "descoberta".[386] Por essa razão, não se afigurou possível, a princípio, admitir um controle de constitucionalidade das leis e, quando assim se entendeu necessário, os juízes não eram capazes de desempenhar as garantias desejadas.

No caso norte-americano, o idioma e o povoamento ingleses tornaram natural o triunfo do *common law*[387], mas a implantação de uma Constituição escrita, que assumiu o caráter de lei fundamental para além de uma mera carta política, representou uma diferenciação em relação ao Direito inglês, ao ensejar a adoção de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Na teoria das fontes do Direito norte-americano, as leis escritas (*statutes*) somente são efetivamente integradas/aproveitadas pelo Direito a partir da determinação de seu

---

383 Cf. Albert Venn Dicey, ob. cit., p. 202.

384 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 15; e Charles Howard McIlwain, ob. cit., p. 25. Para alguns, como sir Edward Coke, a violação ao *common law* tornaria nulos até os atos do Parlamento (Cf. Robert K. Carr, ob. cit., p. 42, e Loureiro Júnior, *Da constitucionalidade das leis*, São Paulo, 1949, p.27).

385 Cf. Rogério Ehrhardt Soares, ob. cit., p. 38-39.

386 Carlos Maximiliano ao pontuar as atribuições do juiz moderno no contexto dos sistemas de tradição romano-germânica deixa claro tanto o papel generalista da lei quanto a atividade vinculada do juiz: "A sua função [juiz], como intérprete e aplicador do Direito, é necessariamente, vasta e complexa; porque a lei deve regular os assuntos de um modo amplo, fixar princípios fecundos em consequências, e não estabelecer para cada relação da vida uma regra específica; não decide casos isolados, formula preceitos gerais. [...] Deve procurar suprir as faltas dos Códigos, reveladas pela prática, ou corrigir as conclusões prejudiciais a que chegou a jurisprudência; porém com a mais discreta reserva, evitando perder-se nos meandros da casuística, da qual resultaria multiplicar as causas de dúvidas e, portanto, agravar a insegurança jurídica. [...] Na verdade, o magistrado não formula Direito, *interpreta-o* apenas [...]" (Cf. ob. cit., p. 48).

387 Guido Fernando Silva Soares enquadra o sistema norte-americano como um misto entre o *common law* e o *civil law*, mas ainda pertence à família daquele, pois conserva seu traço característico: o *judge-made law*. (Cf. ob. cit., p. 182). No mesmo sentido, cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 454-458.

alcance pela jurisprudência[388], ou seja, na medida em que se somam ao *common law* para a solução de casos concretos.

A Constituição, no entanto, embora também seja um *statute*, não é exatamente como os demais: de um lado, como ato de fundação do país, carrega em si uma força diferente; de outro, como "lei" racional comunica-se com a tradição romano-germânica, "[...] que não visa diretamente resolver litígios, mas que estabelece as regras gerais de organização e de conduta dos governantes e dos administradores."[389]

A combinação desses fatores (lei fundamental e de caráter geral) com a compreensão norte-americana do Direito como criação do juiz (*judge-made law*) – traço característico do *common law* – permitiu o desenvolvimento de uma interpretação flexível para o texto constitucional[390] que nem se pautou nos métodos silogísticos da interpretação legal romano-germânica nem tratou a Constituição como mero adendo do *common law.*[391] Ou seja, estimulando a interpretação da Constituição por todos os juízes (o que inclui afastar uma lei que lhe é contrária) e apoiada pela coerência sistêmica decorrente do *stare decisis*, a própria lógica criadora[392] do *common law* contribui para a efetivar a força que a Constituição já possuía, em teoria, como lei fundamental.

---

388 Cf. René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 503. De acordo com Guido Fernando Silva Soares, isso não quer dizer que "[...] os juízes não aplicam um '*Statute Law*' enquanto não houver u m '*case'* no qual seja o mesmo decidido. A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na '*Common Law*' o caminho é inverso: primeiro os '*cases*' e, a partir da constatação de um a lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade que o '*case law*' é a regra e o '*statute'* é o direito de exceção, portanto integrativo." (Cf. ob. cit., p. 181). A mesma imprecisão é notada por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo. (Cf. ob. cit., p. 63).

De qualquer forma, "[...] em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária. A Corte está substituindo do Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida." (Cf. John Hart Ely, *Democracia e desconfiança:* uma teoria do controle judicial de constitucionalidade [trad. port. Juliana Lemos de Democracy and distrust: a theory of judicial review], São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 8).

389 Cf. René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 497.

390 Isso não significa dizer que a interpretação constitucional seja irrestrita nem tampouco que implique a adoção de uma posição não interpretativista (que permita, na atividade criativa do juiz, a invocação de valores e princípios substantivos que não se encontram claramente – de forma explícita ou explícita, mas clara – no texto da Constituição). (Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1196).

391 Cf. René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 498-499.

392 Cf. John Hart Ely reconhece que, nos Estados Unidos, "[...] os tribunais criam direito o tempo todo [...]", mas ressalva que a existência de uma Constituição escrita e rígida impõe uma diferença democrática essencial quando se trata do exercício de jurisdição constitucional, pois, na hipótese em que "[...] uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à 'correção' pelo processo legislativo ordinário." (Cf. *Democracia,* cit., p. 7-8).

Dessa forma, como lei suprema, a Constituição deve "dominar" também o edifício do *common law*.[393] Isso não significa, contudo, que ela deva "tomar" todos os espaços e ser utilizada indiscriminadamente pelos juízes. Ainda que sua interpretação seja mais flexível, sua aplicação aos casos concretos é pautada pela lógica casuística do *common law* e sistematizada pelo regra do *stare decisis,* de forma que os precedentes que se apliquem são obrigatórios aos juízes e cortes inferiores.[394]

Assim, embora o *common law* seja elemento comum tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, o juiz inglês é o principal encarregado da construção do Direito comum, estando, porém, o controle da lei escrita (*statute law*) nas mãos do Parlamento soberano. Nos Estados Unidos, por outro lado, melhor expressão do Estado de Direito judicial, o juiz possui o mesmo poder de criação do *common law,* mas, vai além, e pode também controlar a criação da lei escrita.[395]

De outra parte, embora a positivação da Constituição seja elemento comum tanto dos Estados Unidos quanto dos países europeus, isso não significou a adoção do mesmo método de controle. Além de uma visão menos radical da separação de poderes, o sistema norte-americano de *common law* oferecia outras condições favoráveis para o exercício do controle de constitucionalidade da legislação por todos os juízes e cortes – ainda que essa não fosse a única alternativa política possível.[396]

---

393 Cf. René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 497. No mesmo sentido, cf. Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., p. 185. J. J. Gomes Canotilho exemplifica com o caso *Bronw v. Board of Education of Topeka* (1954). Até então, a segregação racial nas escolas públicas era admitida pelos tribunais como compatível com o princípio da igualdade nos termos da doutrina do "*separeted but equal*". A partir da decisão da Suprema Corte em *Brown v. Board of Education,* a integração racial nas escolas públicas foi registrada como princípio constitucional. (Cf. ob. cit., p. 1137).

394 Embora a interpretação tão flexível não tenha sido estendida às demais leis (Cf. René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 503), a específica simbiose da Constituição escrita (de tipo romano-germânica) e do *common law* marca a própria redação dos *statutes.* Como observa Guido Fernando Silva Soares, eles "[...] se apresentam de maneira totalmente diferente daquelas dos países do sistema romano-germânico: em geral têm considerandos extensíssimos, redigem-se com artigos ("*sections*") quilométricos, onde, num único período, se escrevem as regras, as exceções, as enumerações e as interpretações particulares para cada assunto particularizado; a matéria, que na técnica conhecida das leis escritas da família dos direitos romano-germânica, se desdobra em incisos, alíneas, itens, aberturas de parágrafos ou novos artigos, nas leis norte-americanas, são um único período, com centenas de vírgulas, inúmeras orações intercaladas e contra-referências a outros artigos da mesma lei." (Cf. ob. cit., p. 185-186).

395 Cf. Maurice Hauriou, *Princípios de Derecho público y constitucional* (trad. esp. Carlos Ruiz del Castillo), 2ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, p. 285.

396 Cf. Roger Stiefelmann Leal, O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, in Carlos Bastide Horbach *et al.*, ob. cit., p. 591-592.

Basicamente, tais condições são a atribuição de menor importância à lei codificada e sua não vinculação necessária às noções de direito e justiça[397]; a adoção de uma única jurisdição com um órgão de cúpula; a atribuição de um poder criador do Direito aos juízes; e a coerência interna propiciada ao sistema jurídico pelos precedentes e pelo *stare decisis*.

Por outro lado, nos países europeus filiados à tradição jurídica romano-germânica, a concepção estanque da separação de poderes e a específica centralidade atribuída à segurança jurídica repeliam qualquer ingerência dos juízes sobre as leis, especialmente, sua potencial invalidação. Cumpre, então, neste ponto, avaliar essas condições no que se referem à organização do Poder Judiciário, às características dos juízes ordinários e à coerência sistêmica.

3.2.1 Unidade ou pluralidade de jurisdições

Na definição de J. J. Gomes Canotilho, "[...] *poder jurisdicional* é o conjunto de magistrados (ordinários, administrativos, fiscais, constitucionais) a quem é confiada a função jurisdicional."[398]

No que concerne às funções, Maurice Duverger distingue as jurisdições em três categorias: (1) jurisdição concernente a processos entre particulares, que corresponde à interpretação e aplicação do Direito privado; (2) jurisdição concernente aos processos de repressão, que corresponde à aplicação de sanções penais; e (3) jurisdição concernente a processos entre os particulares e o Estado, que corresponde a uma jurisdição administrativa especialmente encarregada do controle da legalidade dos atos estatais.[399]

Dentro da estrutura organizatória funcional do Estado, a Constituição pode optar pela unidade ou pela pluralidade dessas jurisdições. Na primeira forma, todas as funções de julgar são atribuídas a uma única organização judiciária (comumente, o Poder Judiciário). Na segunda, as funções de julgar são separadas, por vários critérios, e atribuídas a distintos

---

397 Cf. Gottfried Dietze, ao mencionar o caso inglês, observa que a menor importância atribuída à lei codificada valoriza a noção de direitos e justiça. (Cf. America and Europe: decline and emergence of judicial review, in *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, dec. 1958, p. 1255, Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1070910?sid=21105561445863&uid=2&uid=5909624&uid=3737664&uid=67&uid=5910200&uid=40528&uid=3&uid=62&uid=40529>).

398 Cf. ob. cit., p. 660-661.

399 Cf. ob. cit., p. 207-209.

órgãos independentes entre si (Poder Judiciário, tribunais administrativos, Tribunal Constitucional etc.). [400]

Nos países anglo-saxões essas diferentes funções jurisdicionais não estão separadas. Uma única jurisdição responde pelo julgamento de questões de Direito privado, Direito penal e Direito público (administrativo e constitucional), especializando-se apenas internamente as atividades. Nesse plano é que, no Reino Unido, o exercício da jurisdição é centralizado, havendo uma divisão do trabalho por matérias. O mesmo ocorre nos Estados Unidos, onde, mesmo havendo uma maior descentralização de competências, o Poder Judiciário é igualmente unificado e a ele – considerado como um todo – compete a interpretação e a aplicação de todo o Direito.[401]

Na Europa, por outro lado, é comum a separação entre essas atividades jurisdicionais. Na França, por exemplo, há a separação entre uma jurisdição ordinária e outra administrativa (além da jurisdição constitucional), sem hierarquia entre si. À primeira incumbe o julgamento de questões de Direito privado e penal. A segunda julga os processos de Direito público, mais especificamente, dos conflitos entre os particulares e os atos estatais.[402] Na Alemanha, por sua vez, a Lei Fundamental organiza cinco jurisdições distintas (além da jurisdição constitucional).[403]

Mas, as necessidades já explicadas de adotar um sistema de controle de constitucionalidade das leis levaram ao surgimento e ao desenvolvimento de uma nova jurisdição, a constitucional, e era necessário acomodá-la na organização estatal.

Assim, Maurice Hauriou entendia que, justamente, a separação de jurisdições, na França, impediria a instalação de um *gouvernement des juges* (no alerta de Edouard Lambert[404]), caso ali se aceitasse o *judicial review* de matriz norte-americana. E isso se

---

400 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 660-661.

401 Cf. Maurice Duverger, ob. cit. p. 209. Quanto à maior centralização nos Estados Unidos, cf., ainda, René David, *Os grandes sistemas,* cit., p. 484.

402 Cf. Maurice Duverger, ob. cit., p. 209. A existência do juiz administrativo não era garantida pela Constituição francesa de 1958, havendo, inclusive, propostas de lei para suprimir tal jurisdição. A decisão do Conselho Constitucional, de 23.01.1987 (*Conseil de la concurrence* – GD nº 32) por uma interpretação do principio da separação de poderes e da reserva de matérias a autoridade judiciária, "constitucionalizou" a competência da jurisdição administrativa. (Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel,* cit., p. 630).

403 Cf. Francisco Fernández Segado, El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, in Fernando Luiz Ximenez Rocha e Filomeno Moraes, *Direito Constitucional contemporáneo:* estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 221.

404 Cf. ob. cit.

explicaria porque a existência de uma jurisdição administrativa independente (dentro da qual se enquadraria o controle de constitucionalidade das leis) seria capaz de restringir a função jurisdicional de fiscalização constitucional, em virtude de um contencioso fechado.[405]

Louis Favoreu, no entanto, ao observar a prática europeia, conclui o contrário: a dualidade ou pluralidade de jurisdições não foi fator de acolhida e restrição do modelo americano, mas, sim, de sua repulsa. Como a dimensão constitucional está presente em todas as jurisdições (civil, penal, administrativa etc.), torna-se iminente e constante o risco de discordâncias, entre as diferentes jurisdições[406], sobre questões relativas à constitucionalidade de leis fundamentais,[407] agravado, ainda, pela falta de força vinculante aos precedentes judiciais.[408]

Como opinava Duverger, por si só, a existência de jurisdição ordinária e administrativa separadas já divide o prestígio dos tribunais e permite conflitos que os enfraquecem.[409] O compartilhamento da função jurisdicional por essas duas jurisdições já existentes – ou mesmo seu exercício por apenas uma delas (no caso, a administrativa[410]) –, apenas agravaria ainda mais a potencialidade de conflitos, dado que a própria tessitura mais aberta das normas constitucionais fatalmente levaria a análises concomitantes das mesmas questões por órgãos distintos, não raras vezes com soluções contrárias. Como esses órgãos são independentes e não possuem hierarquia entres si, estaria instalado o impasse.

---

405 Cf. ob. cit., p. 272. Cf., ainda, Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 19.

406 Mauro Cappelleti aponta que a potencialidade de conflitos aumenta até mesmo internamente nos altos tribunais europeus, comumente muito amplos e complexos. (Cf. Comunicacion oral, cit., p. 657).

407 O exemplo de Louis Favoreu é o controle de constitucionalidade difuso previsto pela Constituição grega de 1975: "A Constituição de 1975 convida expressamente os tribunais a 'não aplicarem uma lei cujo conteúdo é contrário à Constituição': os tribunais administrativos tendo à testa o Conselho de Estado; os tribunais judiciários dependendo da Corte de Cassação; a Corte de Contas e outros tribunais, não dependendo de ordens precedentes, podem exercer um controle da constitucionalidade das leis, levantando de ofício a inconstitucionalidade em um processo civil, penal ou administrativo. Normalmente a questão subirá às jurisdições superiores e podemos imaginar um conflito de decisões entre estas diferentes jurisdições. (Esta não é apenas uma hipótese, pois, em 1985, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação assumiram posições diferentes sobre a constitucionalidade da lei relativa ao ensino superior.) Para resolver tais problemas a Constituição previu uma Corte especial, superior, cujas atribuições surpreendentemente se parecem com as de uma Corte Constitucional!"(Cf. *As cortes*, cit., p. 21).

408 Cf. Mauro Cappelletti, Comunicacion oral, p. 657.

409 Cf. ob. cit., p. 210.

410 Cf. Maurice Duverger, ob. cit., p. 209.

A solução europeia, portanto, já acostumada com a pluralidade de jurisdições, foi separar mais uma, a jurisdição constitucional, atribuindo-a a um Tribunal especializado. Assim, à exceção dos países que não possuem controle jurisdicional da constitucionalidade de sua legislação (Reino Unido e Países Baixos)[411] e de alguns países que, em maior ou menor medida, compartilham o exercício da jurisdição constitucional (como, por exemplo, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Irlanda, Portugal, Grécia)[412], a maioria dos países da Europa Ocidental optou pela separação da jurisdição constitucional em relação à ordinária.

Nos Estados Unidos, por outro lado, a unidade de jurisdição típica dos países do *common law* torna mais apto o compartilhamento da jurisdição constitucional entre todos os juízes e tribunais. Como essa específica função é exercida apenas nos casos concretos, como prejudicial para a resolução dos litígios submetidos aos juízes, e há apenas uma Suprema Corte, cujos procedentes orientam a interpretação constitucional pela força do *stare decisis*, não há conflitos entre eles ou, se os há, não representam um risco para o sistema.[413]

3.2.2 A "(in)capacidade" dos juízes ordinários

A escolha entre atribuir o controle de constitucionalidade das leis a juízes ordinários ou a juízes especialmente designados para tal função não foi casual. O mais simples seria conferir tal função aos juízes ordinários. Ou, ainda que a Europa não pudesse conviver com a difusão, ao menos, aos órgãos jurisdicionais de cúpula então existentes, de maneira concentrada e com efeitos *erga omnes*.[414]

No entanto, razões históricas e teóricas impeliram à conformação de um Tribunal Constitucional especializado, cujos integrantes possuem características essencialmente distintas dos juízes ordinários, ainda que também exerçam uma função jurisdicional. Algumas razões estão ligadas às próprias características dos juízes ordinários, como sua

---

411 No caso do Reino Unido, trata-se de uma decorrência do constitucionalismo que ali se desenvolveu, com Constituição não escrita, flexível e soberania do Parlamento. No caso dos Países Baixos, há Constituição escrita e rígida, mas é expressamente vedada a revisão judicial de tratados e atos do Parlamento ("Art. 120. The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.", cf. <http://www.government.nl/issues/constitution>).

412 Cf. seção 1.5.2.

413 Cf. Louis Favoreu, *As cortes*, cit., p. 21.

414 Cf. Francisco Fernández Segado, El recurso, cit., p. 213.

vinculação com os regimes autoritários que antecederam a implantação do controle de constitucionalidade das leis; o modo de ingresso na magistratura ou, ainda, as limitações interpretativas decorrentes da natureza das normas constitucionais.[415]

3.2.2.1 Vinculação com os regimes anteriores

Na França posterior à Revolução Francesa, enquanto o Parlamento era exaltado por representar a vontade geral – exprimindo-a, racionalmente, nas leis –, os juízes eram vistos com desconfiança[416] e descrédito, o que justificou o receio de lhes atribuir qualquer poder além daquele de julgar com base em um texto preciso de lei.[417]

Em grande medida, isso decorreu da arbitrariedade da atuação judicial no período que antecedeu à Revolução[418], especialmente agravada pelo fato de os juízes, então, estarem submetidos à vontade dos monarcas do Antigo Regime.[419] Ora, se os juízes eram uma extensão do regime que se acabava de derrubar, não é de estranhar que nele não confiassem para além da aplicação da lei e, evidentemente, ainda mais natural que não fosse permitido que se impusessem sobre o Parlamento.

A solução foi radicalizar a separação de poderes, restringindo, no máximo grau possível[420], a atividade do juiz à mera aplicação da lei. Os códigos tinham, pois, como

---

415 No título VIII, da Constituição francesa de 1958, a opção dos constituintes pela expressão "autoridade judiciária" (*autorité judiciaire*) ao invés de "poder judiciário" (*pouvoir judiciaire*) demonstra a histórica desconfiança dos franceses em relação ao poder atribuído aos juízes, bem como a nítida intenção de retirar qualquer controle de constitucionalidade das leis pelos tribunais ordinários. (Cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, cit., p. 625).

416 Cf. Francisco Fernández Segado, El recurso, cit., p. 212-213.

417 "[…] les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi." (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *Esprit des lois*, cit.)

418 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 601.

419 Edouard Lambert, ao analisar o cenário francês da virada do século XIX em favor da instalação de um controle de constitucionalidade das leis nos moldes norte-americanos, observa uma propensão de provocar, "comme l'avait fait avant eux plus d'un ministère de l'ancien regime, la rentrée en scène de l'autorité judiciaire pour les aider á défendre les bases politiques et économiques du regime contre les menées revolutionaires des partis extrémistes de l'opposition" (Cf. ob. cit., p. 7). Cf., ainda, Michel Rosenfeld, ob. cit., p. 179-180 e 188.

420 Carlos Maximiliano ressalva que ao juiz sempre incumbe a tarefa interpretativa, em ultimo caso, em decorrência da própria natureza da função judicial. Mas, o fato histórico é que, diferentemente do autor gaucho, os revolucionários franceses não acreditaram que "[e]m tempos de anarquia, magistrados impolutos decidem, de preferência, pela autoridade; tranquilizados os espíritos, homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmos textos no sentido da liberdade". (Cf. ob. cit., p. 39).

objetivo oferecer as leis de forma completa, clara e coerente, de forma a impedir "[...] que os juízes pudessem ditar o direito sob o disfarce da interpretação jurídica."[421]

Esse fator de receio contra os juízes não se restringe, porém, apenas à França e ao período revolucionário. Além desse conjunto característico de ideias ter se propagado pela Europa, impedindo a implantação de um efetivo controle de constitucionalidade das leis, no século XIX, basta lembrar que a necessidade posterior de proteger as minorias contra a opressão das minorias parlamentares foi impulsionada, em grande medida, pela ascensão de governos autoritários (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, países do leste europeu)[422]. E nessas situações de exceção, ou os juízes ordinários não foram capazes de assegurar direitos e conter abusos ou, em alguma medida, apoiaram os regimes.[423]

Muito embora considere que a atitude dos profissionais legais, especialmente dos juízes, tenha sido, em parte, fruto das consequências da Revolução francesa (veneração da vontade geral, dos legisladores e da codificação), Gottfried Dietze observa que eles não apenas não foram capazes de impedir a transformação das características democráticas da Constituição, como, de certa forma, legitimaram-nas com sua aceitação.[424]

3.2.2.2 Acesso e promoção na magistratura

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "[...] o critério de seleção dos membros da Magistratura é a chave do valor do Judiciário enquanto defensor da liberdade."[425] Dentre os critérios possíveis, o autor observa a eleição, a nomeação, a cooptação e o concurso, indicando este último como, potencialmente, o mais seguro,

---

421 Cf. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, ob. cit., p. 56-57.

422 Para uma visão da dinâmica judicial em períodos não democráticos, ver Tom Ginsburg e Tamir Moustafa (Eds.), *Rule by law:* the politics of courts in authoritarian regimes, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

423 Nessa linha, Mauro Cappelletti aponta que a provisória experiência de um controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, na Constituição de Weimar, "não deu lugar a bons resultados". (Cf. *O controle,* cit., p. 90). No mesmo sentido, cf. Louis Favoreu, *As cortes,* cit., p. 19; e Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 469-470.

424 Cf. ob. cit., p. 1255-1256.

425 Cf. *Curso,* cit., p. 248.

embora privilegie os aspectos intelectual[426] e da independência[427], negligenciando possíveis outros também adequados ao exercício da função jurisdicional.

Tradicionalmente, nos países da Europa continental, prefere-se atribuir a função judicial a funcionários da burocracia do Estado[428], fundando sua legitimidade no conhecimento técnico-legal e refletindo a antiga divisão da tradição romano-germânica entre direito e política.

Comumente, o recrutamento é feito por alguma modalidade de exame, sem necessidade de demonstração de prévia experiência profissional, e os candidatos aprovados ingressam no escalão inferior do Poder Judiciário, progredindo ao longo do tempo por antiguidade e mérito.[429] Por conta da estrutura burocrática e hierárquico-piramidal, a magistratura pautada por esses critérios é denominada "de carreira".[430]

Assim, a magistratura de carreira é a principal conformação do Poder Judiciário nas democracias europeias ocidentais que adotam estruturas jurisdicionais dualistas, como se verifica, por exemplo, na Alemanha, Espanha, Itália, França e Portugal, dentre outros.[431]

Nos países filiados ao *common law*, por outro lado, o recrutamento dos juízes habitualmente tem como premissa seus títulos e experiências, incluindo sua reputação e experiência política, tudo a orientar sua nomeação e eleição.[432] Por conta disso, são representativos na sociedade, "[...] são heróis culturais, até mesmo figuras paternais [...]", de modo que dentre os grandes juristas comumente estão grandes juízes como é o caso de Coke, Mansfield, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo, dentre outros.[433]

---

426 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 249.

427 Carlo Guarnieri aponta a independência como justificativa para esse tipo de recrutamento, mas questiona sua efetividade na medida em que a promoção dos juízes sofre influência dos escalões superiores da estrutura judiciária ou mesmo de atores governamentais (Cf. Carlo Guarnieri, Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self-government, in *Legal Studies*, v. 24, issue 1-2, mar. 2004, p. 170 e 174. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-121X.2004.tb00246.x/pdf>).

428 Cf. Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., p. 173. No mesmo sentido, cf. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, ob. cit., p. 64.

429 Cf. Carlo Guarnieri, ob. cit., p. 170.

430 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 88.

431 Cf. Carlo Guarnieri, ob. cit. p. 171-173.

432 Cf. Maurice Duverger, ob. cit., p. 214. No mesmo sentido, cf. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, ob. cit., p. 64.

433 Cf. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, ob. cit., p. 63.

Mais especificamente, nos Estados Unidos, todos os juízes federais (juízes da Suprema Corte, juízes dos Tribunais de Apelação e juízes dos Tribunais de Distrito) são livremente nomeados pelo Presidente com o conselho e o consentimento do Senado.[434] Ainda que os diversos sistemas de escolha e nomeação impulsionem para determinado perfil, há uma grande margem de influência política nessa escolha.

O sistema de juízes eleitos foi muito desenvolvido na esfera de alguns dos Estados membros norte-americanos, havendo, inclusive, eventualmente, a possibilidade da revogação do mandato por um *recall.* Sua principal vantagem é o estabelecimento de uma via democrática no Poder Judiciário. Contra ele pesam as críticas da falta de garantias da competência jurídica e da imparcialidade por parte dos juízes.[435]

A despeito da importância do debate quanto à competência e independência que, comumente, orientam as discussões sobre o critério de escolha dos juízes, o que ora interessa é a sua *vocação política*, uma vez que a possibilidade de o juiz fiscalizar a constitucionalidade das leis ante a Constituição depende de habilidades que vão além de confrontar os textos. A natureza das normas constitucionais – abstratas, valorativas, políticas – demanda aptidões específicas aos julgadores.

Quanto ao Poder Judiciário norte-americano, Alexis de Tocqueville já observara que "[...] não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas."[436] E a causa dessa importância política é justamente o reconhecimento do direito de os juízes fundarem as suas decisões "[...] na Constituição, antes que nas leis."[437]

Da forma defendida por Hamilton, no artigo 78, dos *Federalist papers,* a disposição de tal poder aos juízes, ao mesmo tempo em que decorre das características próprias do judiciário, implica reconhecê-lo como "corpo intermediário" entre o povo e o legislativo.

---

434 Cf. Gregorio Ruiz, *Federalismo judicial (el modelo americano),* Madrid, Civitas, 1994, p. 35.

435 Cf. Maurice Duverger, ob. cit., p. 212-213. No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 249. René David observa, entretanto, que, muito embora, a experiência inicial dos Estados norte-americanos não tenha sido bem sucedida, a implantação de reformas para melhorar o nível e restaurar a independências dos juízes diminuiu as críticas. Dentre essas medidas, pode-se citar o prolongamento do período de exercício, ratificação dos eleitores às designações do governador, aprovação preliminar antes da eleição etc. (Cf. *Os grandes sistemas*, cit., p. 489).

436 Cf. *A Democracia na América* (trad. port. Neil Ribeiro da Silva), São Paulo, Folha de S. Paulo, 2010, cit., p. 96.

437 Cf. ob. cit., p. 97.

Ora, se as próprias características do Poder Judiciário permitem reconhecê-lo como um órgão capaz de interpretar e proteger diretamente a vontade do povo, é forçoso reconhecer que, dentre seus atributos intrínsecos, deve haver alguma autoridade social.[438]

No caso dos juízes norte-americanos, essa autoridade decorre não apenas do reconhecimento da necessidade de um controle de constitucionalidade na própria sociedade[439], mas também da legitimidade político-democrática dos juízes norte-americanos, seja pela participação dos poderes executivo e legislativo no processo de apontamento (todos os juízes federais), seja pela eleição (em alguns Estados membros).[440] Tal estatura lhes confere a "coragem" necessária à função, bem como mantém fresca a lembrança dela.[441]

Além disso, o recrutamento com base nos títulos e experiências permite a opção por juízes mais habilitados para decisões na seara político-constitucional e que, por conta de sua condição, não se esperam se sujeitem a imposições do nomeador.[442]

A seleção praticada, na Europa, por outro lado, não propicia o adequado arejamento democrático do juiz ordinário. Conforme pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao analisar o sistema político brasileiro – cujo método de seleção, via concurso, é o mesmo praticado nos países europeus ocidentais –, o Judiciário nada mais seria que o elemento "aristocrático" de um suposto governo misto.[443] Nessa mesma linha havia se posicionado Carl Schmitt, quando, no debate sobre a defesa da Constituição na República de Weimar, observara que atribuir um contrapeso parlamentar a juízes de carreira inamovíveis e, por isso, independentes (seja de forma difusa, seja de forma concentrada) não esconderia uma atribuição de poderes a uma "aristocracia de toga".[444]

---

438 Cf. Jorge Miranda, *Manual*, t. VI, cit., p. 129.

439 Cf. Alexis de Tocqueville, ob. cit., p. 97.

440 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 78.

441 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 92-93.

442 Referindo-se ao juiz inglês, Carlos Maximiliano explica esse tipo de importância e independência: "A Grã-Betanha possui a melhor magistratura do mundo. Remunera generosamente o trabalho dos membros dos tribunais superiores; confia a investidura como uma honraria, a um advogado de nomeada, que mais nada espera do Governo, porque não há *promoções* na organização judiciária: depois do breve tirocínio, pode retirar-se o serventuário togado, com uma esplêndida pensão." (Cf. ob. cit., p. 54).

443 Cf. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, in Revista do Advogado, ano XXVIII, nº 99, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, setembro de 2008, p. 90.

444 Cf. Carl Schmitt, ob. cit., p. 176.

De outra parte, esse método de seleção habilita o juiz apenas para o exercício de "tecnicalidades da legislação ordinária"[445], enquanto a jurisdição constitucional demanda habilitações políticas mais amplas. Como pontua Herman Schwartz, na Europa continental, a magistratura foi historicamente uma carreira desprestigiada cuja função se resumia à decidir, de forma estrita e mecânica, com base em códigos.[446]

Nesse contexto, ao serem obrigados a atravessar todos os escalões da carreira judicial, os juízes ordinários europeus não teriam "[...] a autoridade, o peso e a independência de espírito necessários para se impor aos poderes públicos",[447] além do que, chegando às cortes superiores apenas em idade avançada e, provavelmente, em virtude de terem demonstrado habilidade técnica de interpretação silogística das leis, não seriam aptos para o julgamento das sensíveis questões políticos-constitucionais nem mesmo no mais alto grau da carreira.[448]

Assim, não sendo viável escolher o caminho mais "simples" de atribuir também a jurisdição constitucional aos juízes ordinários e não fazendo sentido mudar toda a carreira judicial já incrustada na tradição romano-germânica, a solução encontrada, na Europa[449], foi retirar-lhes o exercício da jurisdição constitucional e atribuí-lo a Cortes especializadas, dotadas de legitimidade democrática[450] (especialmente pelo método de designação de seus

---

445 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 78.

446 "In continental Europe, the judiciary historically has been a career civil service staffed largely by low-status and poorly paid functionaries who are supposed to stick closely and mechanically to the text of very detailed codes and are subjected to close appellate supervision to make sure that they do. As in most bureaucracies, promotion has depended on a combination of seniority and acquiescence." (Cf. Herman Schwartz, ob. cit., p. 102).

447 Cf. Jean Rivero, ob. cit., p. 668.

448 Cf. Mauro Cappelletti, *O controle,* cit., p. 88. Francisco Fernández Segado ressalva que essa tendência tem mudado e que há uma maior inclinação dos juízes do Tribunal Supremo espanhol para o Direito Constitucional, sem prejuízo de estimular "[...] desde sus primeros momentos de formación, uma más sólida conciencia constitucional por parte de los jueces." (Cf. El recurso, cit., p. 217).

449 Herman Schwartz ressalta a necessidade de instalação de estruturas dualistas nos países do leste europeu, no período pós-comunista, pelas mesmas razões que fizeram isso necessário na Europa ocidental: "The communist system went even further and snuffed out whatever sparks of judicial independence might have survived the preexisting order. The position of the judge in communist countries was totally subordinated to the procurator and the secret police. For these reasons, the postcommunist regimes chose to create a new institution that would not be merely an adjunct of the regular court system staffed by regular judges (who usually had life tenure). They sought instead to staff their constitutional courts with people of broader vision, typically limited to one or two terms of eight to ten years. Most (though by no means all) of the new constitutional court judges are legal scholars of great prestige, many of whom had devoted a good deal of thought to constitutional questions prior to their appointment." (Cf. ob. cit., p. 102).

450 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 622-633. No mesmo sentido, cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 468.

membros), vocação política[451] (especialmente pelas qualidades exigidas de seus membros) e autoridade social[452] (especialmente pela fundamentação e aceitação das decisões das Cortes Constitucionais pelos demais poderes e pela opinião pública).[453]

3.2.2.3 Naturezas distintas normas constitucionais e normas ordinárias

Além da desconfiança em relação aos juízes ordinários e da inadequação de seus critérios de seleção, as diferentes estruturas de normas constitucionais e normas ordinárias – da qual decorrem diferentes métodos e técnicas de interpretação – também estimulam a concentração europeia da jurisdição constitucional em Cortes especializadas.

As Constituições são diferentes das leis ordinárias. Mesmo nos países de tradição romano-germânica seus textos são mais sintéticos, vagos e, até mesmo, ambíguos, de forma a abrigar concepções diversas.[454] Dessa forma, seus preceitos se manifestam em termos carregados de valores que podem se orientar para mais de um sentido, o que, inevitavelmente, reclama uma interpretação não apenas atenta, mas capaz de atender, satisfatoriamente, a essa fluidez sem se substituir ao legislador.[455]

Nesse panorama, a Constituição, por possuir um menor grau de elaboração científica em relação seu aspecto político, por cuidar de um conteúdo mais amplo e difícil de ser exprimido em um texto, e por lidar com elementos mais instáveis demanda do hermeneuta "[...] maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado".[456] Como consequência, devem ser considerados atributos próprios no método interpretativo

---

451 Louis Favoreu apresenta quadro comparativo das Cortes Constitucionais austríaca, alemã, italiana, francesa, espanhola, portuguesa e belga, no qual se verifica (1) a maciça presença de autoridades políticas (eleitas e não eleitas) na designação dos membros, e (2) as exigências qualitativas dos componentes. (Cf. *As cortes*, cit., p. 30-31).

452 Cf. Alexandre de Moraes, ob. cit., cit., p. 61.

453 A centralização da jurisdição constitucional em Cortes especializadas e com composição distinta da magistratura ordinária tem como efeito, ainda, retirar ou diminuir a pressão política dos juízes ordinários, o que tende a lhes manter a independência. (Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 469).

454 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 618. Cf., ainda, Robert A. Dahl, Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, in *Journal of Public Law*, v. 6, 1957, p. 280, Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/emlj6&div=20&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=Dahl,%20Robert%20A.&type=matchall>.

455 Mauro Cappelletti acrescenta, ainda, que a adoção de declarações de direitos radicaliza esse panorama, pois seu fim efetivo é realização de valores e a descrição de programas, os quais não podem prescindir de uma interpretação criadora também pelos juízes. (Cf. Necesidad, cit., p. 618).

456 Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 247.

"[...] desde que se passa das disposições ordinárias para as disposições constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas, de modo sintético, em termos gerais."[457] Não por outra razão, Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao examinar a interpretação constitucional, constata que seus aspectos diferem daqueles da interpretação jurídica geral, atentando, especialmente, para o elemento político e para a natureza tipológica das normas constitucionais.[458]

Nos Estados Unidos, este aspecto está permanentemente aceso, como demonstra o debate sobre as teorias interpretacionistas e não interpretacionistas do controle de constitucionalidade. Tanto as primeiras, que postulam uma interpretação mais restrita, quanto as segundas, que pretendem uma interpretação mais substantiva, centram-se na compreensão da Constituição e na interpretação específica das normas constitucionais (ainda que divirjam quanto a elas).[459] É evidente, então, que os graus de sensibilidade político-constitucional e de legitimidade democrática dos juízes que fiscalizarão a constitucionalidade das leis terão influência direta não apenas na prolação de uma melhor decisão (no sentido de criteriosa, independentemente da posição), mas, também, em sua aceitação social.[460]

Nesse sentido é que, embora nos sistemas de *common law* também tenha surgido o embate entre criação *vs*. revelação do Direito pelo juiz, sua conformação e aplicação privilegiaram a teoria de que o juiz verdadeiramente cria o Direito[461], de forma que os juízes, em alguma medida, estão habilitados a *"policy-making-decisions"*[462], que inevitavelmente permeia o exercício do controle de constitucionalidade da legislação.

Essa noção, é verdade, não pacifica a questão em torno do *judicial review*. Ao contrário, faz com que surjam defensores e detratores. Os primeiros porque possibilita uma interpretação flexível da Constituição que permite adequá-la à evolução dos tempos.[463] Os

---

457 Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 247.

458 Cf. *Processos informais*, cit., p. 25-26.

459 Cf. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1195-1198.

460 Cf. Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 62-63.

461 Cf. Guido Fernando Silva Soares, ob. cit., p. 182. O direito é essencialmente jurisprudencial e as leis (*statute law*) "[..] só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram." (Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 459). Cf., ainda, nota 392, sobre o problema democrático da atividade criadora do juiz na jurisdição constitucional.

462 Cf. Francisco Fernández Segado, El recurso, cit., p. 214.

463 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 497-498.

segundos porque leva a um modo de decisão política inadequado em uma sociedade livre e democrática.[464]

No entanto, a lógica do *common law*, aliada à coerência proporcionada pelo *stare decisis* (e também a tradição jurídica norte-americana), faz com que não surjam, dentre os defensores do *judicial review*, teorias propugnando a separação estrita entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. Como os juízes e tribunais inferiores, essencialmente, não diferem dos juízes da Suprema Corte e a decisão deste órgão possui garantias de observância, não há porque delegar exclusivamente a ele o monopólio da decisão de inconstitucionalidade.[465]

Assim, ainda que existam divergências desde os modos de interpretação constitucional até a própria legitimidade/utilidade do controle de constitucionalidade das leis, não se postula uma estrutura dualista como forma de organização político-institucional. Em poucas palavras, ou se admite o controle para todos os juízes ou não se admite para nenhum.

O panorama é outro nos países de tradição romano-germânica. Como a ideia de Direito remetia ao Direito privado e o Direito civil[466] – não o Direito público –, além de uma vinculação restrita à lei, seus juízes foram forjados sob suas técnicas específicas de interpretação. O Estado deveria promover a imposição do Direito positivo, mas o próprio Direito lhe impunha limites. Nesse contexto, o juiz encarnava a figura do juiz civilista e qualquer interpretação política estava além de seu alcance[467], o que, naturalmente, abriu um novo espaço a ser preenchido quando a dimensão do conflito político-constitucional foi aberta aos juízes.

Além disso, os próprios juízes e tribunais europeus se mostraram, em geral, pouco partidários de aceitar novas responsabilidades[468], com o que sua autoridade judicial perdeu parte de sua importância prática na sociedade.

---

464 Cf. Jeremy Waldron, ob. cit., p. 1348, nota 244.

465 Robert A. Dahl examina, especificamente, o caráter politico das decisões da Suprema Corte norte-americana, mas pondera que todas as cortes agem assim:"No one, I imagine, will quarrel with the proposition that the Supreme Court, or indeed any court, must make and does make policy decisions[…]". (Cf. ob. cit., p. 279).

466 Cf. René David, *Os grandes sistemas*, cit., p. 23.

467 Cf. Cristina Queiroz, ob. cit., p. 35-36. No mesmo sentido, Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 610.

468 Cf. Gottfried Dietze, ob. cit., p. 1255.

Como se vê, os juízes de carreira dos países europeus de tradição romano-germânica não estavam autorizados, habilitados, habituados e nem dispostos[469] ao exercício da jurisdição constitucional. Essa "debilidade" e "timidez" dos juízes ordinários – as expressões são de Mauro Cappelletti – representaram estímulo determinante para a criação de tribunais especializados para cuidar da novel função de garantia da Constituição.[470]

É exatamente nessa linha que Kelsen apresenta as razões que tornam clara e justificam a distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição administrativa. Quanto à razão histórico-política, o professor de Viena aponta a existência, então, na Áustria, de dois tribunais já prontos, sendo que um deles (Tribunal do Império – *Reichsgericht* –, que foi sucedido pela Corte Constitucional) já possuía composição e competências políticas, não havendo motivo para unificação com a Corte Administrativa, cuja composição era de juízes de carreira.[471]

Quanto à razão técnico-jurídica, que para Kelsen é fundamental, a separação entre uma Corte Constitucional e outra Corte Administrativa decorre, precisamente, da distinção entre constitucionalidade e legalidade: é necessária uma jurisdição apenas para verificar a constitucionalidade das leis e outra para verificar a conformidade de atos jurídicos à lei.[472]

---

469 Mauro Cappelletti cita o fracasso das experiências infrutíferas de implantação de um controle "difuso" de constitucionalidade na Alemanha de Weimar (1925) e na Itália pós Segunda Guerra (1948-1956). Quanto à Alemanha, a sobrevinda do regime nazista demonstrou sua inaptidão. Quanto à Itália, a habilidade hermenêutica da Corte de Cassação (tribunal supremo ordinário) foi empregada muito mais para não aplicar a Constituição. (Cf. *O controle,* cit., p. 90-91). Pedro Cruz Villalón mostra essa dificuldade dos juízes ordinários ao analisar, com mais detalhes, o caso da República de Weimar e explica o malogro da tentativa: "En Weimar, finalmente, no cabe olvidarlo, se produce el peculiar intento, por parte de la Justicia, de repetir, siglo y cuarto más tarde, el gesto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1803. Pero el caso Marbury vs. Madison no era sino el paso definitivo en el seno de un proceso natural, gradual, de comprensión del significado de la norma fundamental, y de su supremacía, por parte de la comunidad política. Por el contrario, la 'Sentencia de la revaluación' (Aufwertungsurteil) de 1925 suponía la ruptura de los jueces, no sólo con su propio pasado, sino también, en cierto modo, con el presente del país, representado en su primeira Constitución democrática." (Cf. *La formación,* cit., p. 225).

470 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 608-610. No mesmo sentido, cf. Louis Favoreu, *As cortes,* p. 20-21.

471 Cf. A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 17.

472 O próprio Kelsen relativiza a jurisdição constitucional não apenas como controle de leis, mas, também, de atos administrativos, desde que estes estejam em confronto *diretamente* com a Constituição. Tratar-se-ia, então, de uma "jurisdição administrativa especial", o que justificaria sua apreciação pela Corte Constitucional. (Cf. A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 17-19).

3.3 Qual monopólio importa?

Como visto, a principal díade diferencial dos modelos de controle de constitucionalidade europeu e norte-americano refere-se à estrutura político-funcional de organização do poder jurisdicional estatal. Mais especificamente, trata-se de verificar se o poder de se pronunciar sobre a constitucionalidade da legislação está concentrado em um único órgão exclusivo e *ad hoc* para tal mister ou se, ao contrário, está acessível também a outros órgãos jurisdicionais.

No primeiro caso, há uma separação da jurisdição constitucional em relação à jurisdição ordinária, falando-se em estrutura dualista. No segundo, a jurisdição constitucional está imiscuída na jurisdição ordinária, tendo-se uma estrutura monista.[473]

Note-se que o foco da distinção está na divisão entre uma função jurisdicional constitucional e outra função jurisdicional ordinária (*lato sensu*). Assim, outras possíveis subdivisões dentro da jurisdição ordinária podem ser adotadas por cada ordenamento, também de acordo com uma opção político-funcional (tais como jurisdição civil, administrativa, fiscal etc.), mas, para efeitos de avaliação do controle de constitucionalidade, tal estrutura permanece sendo dualista. Paralelamente, mesmo que existam diversas "jurisdições ordinárias", se a jurisdição constitucional fizer parte de seu rol de poderes-funções, tal estrutura ainda é monista.

O reforço dessa ideia é importante porque, ao tratar, especificamente, da estrutura dualista, Victor Ferreres Comella aponta dois fatores – pureza e autonomia – a considerar na análise do papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais. Como se deslocam em planos gradativos, pureza e autonomia indicam maior ou menor aproximação das Cortes Constitucionais em relação aos órgãos e às funções da jurisdição ordinária [474]

Cortes Constitucionais são tanto mais puras[475] quanto mais suas funções se restrinjam ao controle de constitucionalidade das leis e são tanto mais autônomas[476] quanto

---

[473] Cf. seção 3.1.

[474] Cf. The consequences, cit., p. 1707-1710.

[475] As Cortes da Bélgica e de Luxemburgo seriam exemplos de alto grau de pureza (pois sua única função é o controle de constitucionalidade das leis) enquanto as Cortes francesa e italiana estariam no extremo oposto (pois além dessa atividade principal, eles exercem várias outras atividades – ainda que também de cunho constitucional em sentido amplo). (Cf. Victor Ferreres Comella, The consequences, cit., p. 1708).

[476] Antes da reforma de 2008, quando somente havia o controle preventivo e abstrato, o Conselho Constitucional francês seria o exemplo de completa autonomia, pois, não teria nenhum ponto de contato com o judiciário

mais estão efetivamente separadas do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

A pureza não interessa, por ora[477], pois depende, precisamente, da avaliação de outras atividades além do controle de constitucionalidade da legislação, o que foge ao alcance desta investigação. Trata-se, pois, aqui, de considerar a jurisdição constitucional exercida de forma pura, na terminologia de Comella.

A autonomia, por outro lado, demanda algum esquadrinhamento, pois, quando não está em seu grau máximo, implica uma zona de contato entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, o que gera dúvidas quanto ao efetivo monopólio incumbido às Cortes Constitucionais na fiscalização da constitucionalidade da legislação.[478]

Tais dúvidas derivam do fato que, nas hipóteses de incidente de inconstitucionalidade, fica mais nítida uma participação da jurisdição ordinária na interpretação da Constituição, pois a ela (seja por dupla filtragem ou não) compete avaliar, primeiramente, a conformidade da lei à Constituição. Se, em seu juízo há potencial inconstitucionalidade ou, ao menos, fundada dúvida sobre a lei a ser aplicada[479], suspende o julgamento do caso concreto e remete a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional. Se, por outro lado, entende que não há óbice ou dúvida com relação à conformação constitucional da lei, julga diretamente o litígio que lhe foi submetido.

Ocorre que essa conformação escalonada levou à consideração de que se rompera o monopólio do controle de constitucionalidade das leis por parte das Cortes Constitucionais, atribuindo-o a todos os juízes, o que provoca uma relativização da diferença de estrutura entre os modelos europeu e norte-americano. Não parece, contudo, que seja o que ocorre.

---

ordinário no exercício do controle de constitucionalidade. A introdução da *question prioritaire de constitutionnalité*, ao permitir que a discussão da constitucionalidade seja provocada pela Corte de Cassação ou pelo Conselho de Estado, diminui o grau dessa autonomia, mas ela ainda é elevada, na medida em que não permite que os juízes inferiores remetam a questão ao Conselho e não há possibilidade de recurso direto dos indivíduos. As Cortes Constitucionais da Espanha e da Alemanha, por outro lado, possuem um menor grau de autonomia, pois permitem incidentes de constitucionalidade pela jurisdição ordinária e recurso constitucionais diretamente pelos cidadãos (ainda que com requisitos a serem observados).

477 A noção de pureza será brevemente retomada logo adiante, mas de outra perspectiva: o suposto encaminhamento da Suprema Corte para uma Corte Constitucional.

478 Convém também ressalvar que as observações desenvolvidas não englobam os casos de maior interação entre jurisdição constitucional ou jurisdição ordinária que ocorrem quando a manifestação da Corte Constitucional não se refere a leis, mas a decisões judiciais, como, por exemplo, em algumas hipóteses do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol.

479 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 465. No mesmo sentido, cf. Francisco Rubio Llorente, Once tesis, cit., p. 350.

3.3.1 Duplo juízo de constitucionalidade e única decisão de inconstitucionalidade

Assim, com a introdução do incidente de inconstitucionalidade[480], a jurisdição ordinária está habilitada a fazer um juízo positivo de constitucionalidade das leis, sobejando aos órgãos jurisdicionais especializados apenas a exclusividade na decisão de inconstitucionalidade, isto é, na rejeição da lei inconstitucional.[481]

E mais. A jurisdição ordinária não apenas está habilitada a fazer esse juízo positivo de constitucionalidade das leis, como está obrigada a realizá-lo, pois, somente se ultrapassá-lo é que poderá dar a solução ao litígio que lhe foi submetido, aplicando a lei questionada.[482]

De acordo com Francisco Rubio Llorente, o incidente de inconstitucionalidade dá início a um juízo duplo de constitucionalidade: o primeiro, dos juízes e/ou tribunais ordinários, provisório e negativo; o segundo, da Corte Constitucional, definitivo, mas podendo ser tanto negativo (concordando com a instância provocadora e declarando a inconstitucionalidade da lei) quanto positivo (discordando da instância ordinária e impondo sua aplicação ao caso concreto que, no princípio, gerou o incidente).[483]

Mas, embora seja verdadeira a assertiva de que o monopólio reservado à Corte Constitucional é apenas o do "[...] exercício do poder de negar validade às leis [...]"[484], a impressão de que, com isso, há uma aproximação dos modelos europeu e norte-americano, ou mesmo uma atribuição de jurisdição constitucional aos tribunais ordinários é falsa.

Para Lucio Pegoraro, nesses sistemas, a "difusão" é verificada apenas na fase introdutória, na garantia de *acesso* à Corte Constitucional para a avaliação da conformidade constitucional da lei (diretamente ou via suscitação de dúvida sobre a constitucionalidade). O *controle* – isto é, a efetiva decisão –, permanece concentrado nas

---

480 Quanto à discussão específica dos impactos da introdução do incidente de constitucionalidade no modelo europeu, incluindo os temperamentos admitidos pelo próprio Kelsen, cf. seção 2.2.2.

481 Trata-se do "monopolio de rechazo", na visão de Eduardo García de Enterría (Cf. ob. cit., p. 65-66). No mesmo sentido, cf., ainda, Francisco Rubio Llorente, *Once tesis,* cit., p. 350; Francisco Fernández Segado, *La evolución,* cit., p. 947; e Lucio Pegoraro, A circulação, cit., p. 63.

482 Cf. Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 66.

483 Cf. Francisco Rubbio Llorente, Once tesis, cit., p. 350.

484 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 66. Do mesmo autor, cf., ainda, *O efeito vinculante,* cit., p. 62.

mãos do órgão central.[485] Ocorre que este *controle*, o poder de pronunciar a invalidade da lei por afronta à Constituição, é, precisamente, o monopólio que importa.

A introdução do elemento incidental não trouxe a Constituição ao alcance do juiz ordinário, porque isso nunca lhe foi retirado. E o eventual acesso direto à Corte Constitucional também por parte dos indivíduos lesados em seus direitos e liberdade por uma lei tida por inconstitucional em nada altera essa equação: subsiste a concentração do poder de declarar a invalidade das leis apenas nos órgãos incumbidos da jurisdição constitucional e não aos demais órgãos do sistema.

Tal noção equivocada decorre da assunção que o modelo europeu depende de retirar da esfera dos juízes ordinários a interpretação da Constituição. Isso, porém, não corresponde quer com o atual caráter da Constituição, quer com o modelo europeu, quer com a própria atividade judicial.

Quanto ao caráter da Constituição, Piero Calamandrei – muito embora identificando sistemas com soluções "intermediárias"[486] entre os modelos "puros" de controle (o que não parece ser o caso)[487] – já observava, em meados do século passado, que ao juiz ordinário cumpria interpretar a norma constitucional e, decidindo a favor de sua constitucionalidade, deveria aplicá-la normalmente para o caso. Não se tratava, então, e não se trata, agora, de nenhuma surpresa. Ao interpretar a lei para sua aplicação ao caso concreto e não duvidar de sua constitucionalidade, o juiz apenas permite que ela produza os efeitos decorrentes de sua aprovação pelo Poder Legislativo. Nada muda em relação ao *status* da lei: ela era constitucional e assim continua.

Trata-se de uma decorrência da força normativa da Constituição, concepção que superou a ideia da Constituição como mera folha de papel.[488] Assim, os problemas constitucionais são questões políticas, mas também são questões jurídicas e a eficácia das normas constitucionais depende, além do conteúdo da Constituição e da relação de interdependência entre política e direito, também da práxis constitucional.[489]

---

485 Cf. A circulação, cit., p. 64.

486 "Questo, come si vede, è um sistema *misto,* intermedio tra quei due estremi da cui siamo partiti" (Cf. *La illegittimità,* cit., p. 39).

487 Cf. seção 2.2.2.

488 Cf. Ferdinand Lassalle, ob. cit., p. 56 e 76.

489 Cf. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição* (trad. port. Gilmar Ferreira Mendes de Die Normative Kraft Der Verfassung), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10-11, 15, 20-21.

E, não há como se falar em práxis constitucional sem interpretação.[490] Deve-se buscar concretizar a Constituição, de forma excelente, de acordo com as condições reais da situação, e todos os tribunais, sujeitos públicos e privados estão vinculados à Constituição e são chamados a aplicá-la.[491] O juiz não apenas contribui para isso no exercício de sua atividade, como o faz com papel destacado.

A concentração da jurisdição constitucional implantada pelo modelo europeu também não alijou os juízes ordinários da Constituição. Certamente, as Cortes Constitucionais se destacam no papel de interpretação da Constituição, mas os demais órgãos estatais (principalmente jurisdicionais) e membros da sociedade ainda atuam paralelamente, apenas não podendo decidir, em caráter definitivo, a inconstitucionalidade da lei.[492]

A propósito, o próprio Kelsen admitia, ainda que de forma restrita, a *impossibilidade* de retirar dos juízes ordinários *toda* a competência de fiscalização da constitucionalidade das leis.[493]

Outrossim, como já mencionado alhures[494], não se pode separar a tarefa interpretativa do juiz. Trata-se de decorrência da própria natureza da função judicial. E, se a Constituição, simultaneamente, vincula e deve ser aplicada pelo juiz[495], não se lhe pode negar sua interpretação. Não se pretende sejam os juízes os antigos membros dos tribunais ordinários tradicionais irrestritamente submissos ao texto da lei. A ordem judicial é uma parte da ordem mais completa e complexa que é o mundo real.[496]

Quanto ao aspecto da interpretação, pode-se estabelecer, ainda, um paralelo entre a relação Corte Constitucional-Poder Legislativo e a relação jurisdição constitucional-jurisdição ordinária. Tal qual o Poder Legislativo (embora, evidentemente, sob aspecto distinto), a jurisdição ordinária também interpreta a Constituição, porém essa atividade é

---

490 Cf. Konrad Hesse, ob. cit., p. 22-23.

491 Cf. Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 68.

492 Cf. Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição (trad. port. Gilmar Ferreira Mendes de Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14.

493 Cf. *Teoria pura*, cit., p. 301-302.

494 Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 39. Ver, a propósito, nota 420.

495 Cf. Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 68.

496 Cf. Mauro Cappelletti, Necesidad, cit., p. 611.

controlada pela jurisdição constitucional, no limite, justamente, da matéria constitucional, na qual há hierarquia. Fora desse limite, nas demais matérias, trata-se de uma diferença de competências[497], justamente o que a divisão de funções visa resguardar como forma de controlar o poder.

De mais a mais, o incidente de constitucionalidade produz uma verdadeira interação entre o juiz ordinário e o juiz constitucional, de um lado, aumentando, o poder do juiz ordinário (em relação a sistemas em que somente houver acesso à Corte pela via principal) na fiscalização da Constituição, e, de outro, aumentado o poder da própria Corte, que passa a contar com mais agentes auxiliando seu controle, enquanto ainda detém o monopólio de controlar os resultados finais.[498]

Enfim, há um *duplo juízo de constitucionalidade*, mas uma única *decisão de inconstitucionalidade*. O *primeiro juízo* tem início com a necessidade de aplicar uma lei a um caso concreto. É sempre provisório, e pode ser positivo ou negativo. Se positivo, não traz nenhum outro impacto no mundo jurídico além de sua aplicação na lide levada ao juiz ou tribunal ordinário. Se negativo, suspende o caso concreto e inicia um novo processo exclusivo para avaliar abstratamente a lei cuja constitucionalidade é posta em dúvida.

Neste novo processo objetivo, dá-se o *segundo juízo*, que é sempre definitivo e também pode ser positivo ou negativo. Se positivo, subsite a lei e impõe-se ao órgão ordinário sua aplicação ao caso concreto. Se negativo, gera a *única decisão de inconstitucionalidade*, liberando o juiz ou tribunal *a quo* de aplicar a lei ao caso sob julgamento e, comumente, retirando a norma do ordenamento (efeito *erga omnes*).

3.3.2 Inversão do monopólio da jurisdição constitucional: interpretação v. rejeição e o indesejado papel do "legislador positivo"

Analisando, especificamente, os binômios concentração/desconcentração e abstração/concretude, Victor Ferreres Comella aponta que há forças internas e externas

---

497 Cf. Robert Alexy, Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, in *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, mar. 2003, p. 57 e 72.

498 Cf. Alec Stone Sweet, The politics of constitutional review in France and Europe, in *International Journal of Constitutional Law, I.CON*, v. 5, nº 1, 2007, p. 89. Disponível em <http://icon.oxfordjournals.org/content/5/1/69.full.pdf+html>.

tendentes à descentralização do modelo europeu de controle de constitucionalidade em direção a uma maior participação dos juízes ordinários.[499]

Em uma argumentação próxima à rebatida na seção anterior, o autor pondera que há um movimento de descentralização do controle de constitucionalidade das leis, nos países europeus, por conta de pressões internas, tais como (1) a demora na prolação de decisões pelas Cortes Constitucionais em incidentes de inconstitucionalidade; (2) a falta de consciência constitucional decorrente do alheamento dos juízes ordinários; e (3) a atual legislação mais aberta e em constante evolução (que deixa muito espaço para interpretação do juiz ordinário).[500]

Diante deste diagnóstico, sua proposta é uma reconsideração da divisão dos trabalhos, de forma que a diferença fundamental não seja entre interpretação da constitucionalidade e decisão de inconstitucionalidade. A Corte Constitucional deveria concentrar o monopólio da determinação do conteúdo das normas constitucionais relevantes levadas à sua fiscalização.[501]

Dessa forma, reduz-se a atividade de interpretação conforme à Constituição pelos juízes ordinários (não as demais), porque não poderão compatibilizar as leis enquanto não houver um claro precedente da Corte Constitucional. Mas, por outro lado, se já houver tal orientação, os juízes ordinários poderão, inclusive, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que lhe seja claramente contrária.[502]

Tratar-se-ia de uma requalificação do monopólio, redirecionando o modelo europeu para a centralização e a clara distinção entre jurisdição constitucional e ordinária. Como vantagens adicionais, a função jurisdicional seria mais ágil e racionalizada, seja porque, atualmente, as leis são muito abstratas e parecidas (sobretudo nos Estados Federais), seja porque a Corte deve ter maior preocupação na fundamentação das decisões de inconstitucionalidade, pois ela servirá de parâmetro interpretativo futuro aos juízes ordinários.[503]

---

499 Cf. The European, cit., p. 463.

500 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 470-472.

501 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 474.

502 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 474-476.

503 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 476.

Em primeiro lugar, seguindo a posição adotada na seção precedente, acredita-se que não há que se falar no processo de descentralização supostamente identificado. O fato de as leis serem mais abstratas e parecidas e de, supostamente, haver muitas interpretações conformadoras dos juízes ordinários não são suficientes para atestar que haveria uma descentralização do controle por interpretação judicial, pois nada indica que tal atividade interpretativa esteja desbordando seus limites e irrompendo, desvirtuadamente, no exercício da jurisdição constitucional que não lhe compete. Admitir o contrário implica assumir uma posição de desconfiança não apenas em relação aos juízes ordinários, mas, também em relação ao legislador, pois o argumento implica a inversão da presunção de constitucionalidade das leis.

Em segundo lugar, ainda que se possa apontar para um aumento das decisões dos juízos ordinários compatibilizando leis com suas interpretações constitucionais, há caminhos institucionais suficientes para que as questões cheguem às Cortes Constitucionais e elas apresentem seu juízo definitivo, monopolisticamente, como característico da estrutura dualista do modelo europeu.

Em terceiro lugar, as decisões da Corte Constitucional já são dotadas, em regra, da eficácia *erga omnes* que deve servir de mote para a devida preocupação com a fundamentação de suas decisões.

Finalmente, em adição à já mencionada desvalorização da atividade legislativa, tal inversão do monopólio da função jurisdicional constitucional implica reforçar o indesejado papel de legislador positivo conferido à Corte. Se a legislação é abstrata e se confere à Corte Constitucional a tarefa de "legislar dentro da legislação", seu poder é sobremaneira aumentado em detrimento do Poder Legislativo. Ademais, tal ampliação de poder seria estendida, inclusive, aos juízes ordinários, pois, como é inerente não só às leis, mas, também às decisões judiciais, por mais cuidadosa – e, potencialmente, intromissiva – que possa ser a delimitação dos parâmetros, jamais poderia afastar a atividade interpretativa dos juízes ordinários.

De mais a mais, o crescimento, de maneira geral, do papel de legislador positivo conferido às Cortes Constitucionais com práticas e procedimentos alheios ao controle de constitucionalidade – tais como sentenças substitutivas ou aditivas –, por si só, já "[...] modifica radicalmente o cenário político-institucional para conceber, no seio do regime

democrático, um legislador paralelo”[504], e aumenta, sem correspondente controle, seus poderes.

Ressalve-se, porém, que tal desnaturação da figura do legislador negativo também não indica a superação do modelo europeu de controle de constitucionalidade nem tampouco sua qualquer aproximação com o correspondente norte-americano, tal como afirma Francisco Fernández Segado.[505]

Não implica superação porque o desenho institucional de Kelsen objetivou atribuir à Corte Constitucional uma função de natureza legislativa, diferenciando da atividade jurisdicional ordinária. Ainda que indesejada, a atribuição do papel de legislador positivo continua deixando-o na esfera do legislador.

De outra parte, também não há convergência, porque não se encontram, no modelo norte-americano, correspondentes dessas técnicas utilizadas pelas Cortes Constitucionais positivamente.[506] Bem marcada, pois, a posição do primeiro no estrito âmbito judicial e reforçando a posição legislativa do segundo.

3.4 Jurisdição constitucional e separação de poderes

A realidade social observada por Montesquieu e que levou à elaboração de sua doutrina da separação de poderes identifica uma tensão entre três forças políticas: monarca, nobreza e povo. A divisão das funções estatais em órgãos independentes e relativamente especializados entre essas três forças é que seria uma das garantias contra o abuso do poder. Assim, para evitar que qualquer força política abuse do poder que detém e viole as liberdades das demais, é necessário que repartam e compartilhem, entre si, as funções do Estado.[507]

Para o pensador francês, no entanto, os juízes não eram umas dessas forças políticas e sociais. Diferentemente do poder de legislar e do poder de executar que deviam ser neutralizados pelo compartilhamento de funções, o poder de julgar – como mera aplicação

---

504 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 100.

505 Cf. *La evolución*, cit., p. 943-944.

506 Cf. Roger Stiefelmann Leal, A convergência, cit., p. 72.

507 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 110.

da lei – já era é neutralizado em si mesmo, basicamente, pelo modo de formação dos tribunais e pelo modo de decisão dos juízes.[508]

Quanto à formação dos tribunais, a neutralização do poder de julgar depende de sua atribuição a pessoas extraídas do seio do povo, de acordo com a condição do acusado (dentre seus pares), e por tempo determinado. Tal formação torna o poder de julgar "invisível e nulo", pois não o liga a certo estado ou a certa profissão, evitando perseguições.[509]

Quanto ao julgamento, a neutralização repousa na lei como parâmetro inafastável do poder de julgar.[510] De forma a garantir a imprescindível previsibilidade, os julgamentos nunca devem ser "[...] mais do que um texto preciso de lei [...]"[511] e os juízes são apenas "[...] a boca que pronuncia as palavras da lei; [...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.".[512]

As três exceções apresentadas por Montesquieu, em que o poder de julgar poderia ser conferido à casa legislativa dos nobres[513], reafirmam essa característica passiva e restrita da atividade jurisdicional, bem como a centralidade conferida à lei e ao Poder Legislativo, aspectos que permearam o constitucionalismo francês e europeu. Trata-se, pois, o poder de um poder vinculado à lei, ou seja, é atribuída a ele uma jurisdição legal.[514]

---

508 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização de poderes em Montesquieu, in *Revista dos Tribunais*, ano 97, vol. 868, fev. 2008, p. 56 e 61.

509 Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis*, cit., p. 169-170. Cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização, cit., p. 56.

510 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 32.

511 Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis*, cit., p. 170.

512 Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis*, cit., p. 175

513 Com base no interesse particular daquele que deve ser julgado, o poder de julgar pode estar unido ao Poder Legislativo: (1) no julgamento dos nobres (pois o julgamento na própria casa legislativa composta por seus pares proporciona uma decisão livre das paixões invejosas do povo); (2) quando a lei for rigorosa demais (de modo que a "autoridade suprema" da casa legislativa dos nobres possa "[...] moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela [...]"; e (3) no caso de *impeachment*: quando cidadãos, no exercício dos negócios públicos, violassem os direitos do povo, também a casa legislativa dos nobres deveria efetuar o julgamento, sendo a casa legislativa do povo o órgão acusador (isso evitaria que o povo fosse ao mesmo tempo acusador e juiz, bem como que se movesse por paixão). (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis*, cit., p. 175). Cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização, cit., p. 58.

514 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante*, cit., p. 12.

3.4.1 Primeira adequação: o surgimento da jurisdição constitucional

De outra forma, porém, as bases sobre as quais foi fundado o constitucionalismo norte-americano propiciaram condições para que, ao lado das neutralizações dos poderes executivo e legislativo, se desenvolvesse outra atividade jurisdicional, de caráter distinto.

Com efeito, de um lado, a experiência das colônias com a Coroa e o Parlamento ingleses[515] levou à implantação do ideário de Montesquieu de contenção recíproca dos poderes como forma de prevenir o absolutismo.[516] De outro, a implantação da federação e o *common law* prepararam o terreno para a promoção, a partir das ideias federalistas e do julgamento do caso *Marbury v. Madison,* de um diferente poder de julgar: a declaração de inconstitucionalidade.

Ao lado da jurisdição ordinária para "punir os crimes e julgar as querelas entre os particulares", conferiu-se ao Poder Judiciário também a jurisdição constitucional, o poder de julgar não apenas de acordo com a lei (exprimindo sua vontade), mas a própria lei em si, com base na Constituição.

O surgimento de uma jurisdição constitucional representa uma nova função estatal, antes inexistente, que modifica a relação entre os poderes. Se, sob uma perspectiva, essa alteração da receita de Montesquieu cria uma nova forma de contenção do poder (especialmente em relação ao Poder Legislativo) que auxilia no objetivo liberal clássico de limitar poder e garantir liberdades[517], sob outra, indica a superioridade política do Poder Judiciário em relação aos demais órgãos estatais, porquanto suas limitações estão quase totalmente no âmbito da autocontenção.[518]

Inegavelmente, essa nova configuração embaça as fronteiras entre o Direito e a política. O Direito passa a ser não apenas "[...] um conjunto de normas jurídicas, mas um

---

515 Cf. John A. Hawgood, ob. cit., p. 18-19.

516 Cf. James Madison, Federalist n. 47, in Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist papers,* cit. Nesse sentido, cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização, cit., p. 66.

517 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre poderes:* o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 17. No mesmo sentido, cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização, cit., p. 66.

518 Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante,* cit., p. 33. Quanto à superioridade política, o autor observa ainda, (1) que o desafio às decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional carregam o estigma de romper com a ordem jurídica (além de poderem ser sujeitas a sanções) e (2) que, mesmo na doutrina das questões políticas, são os órgãos de jurisdição constitucional quem, ao final, decidem quais são elas.

fenômeno factual complexo formado pelo comportamento dos juízes”[519], o que foi percebido e debatido por Tocqueville ainda no século XIX.

Mas, isso não implica concluir, necessariamente, que haja uma vulneração da separação de poderes, afinal, como bem pondera Anna Cândida da Cunha Ferraz, na evolução histórico-constitucional, esta doutrina “[...] não era um fim em si mesmo, mas uma receita política que propugnava impor limitações ao poder.”[520]

Não é diferente a defesa de Rui Barbosa ao surgimento da jurisdição constitucional. O então existente controle judicial de constitucionalidade das leis não fere a separação de poderes, pois a ação do Poder Judiciário na pronúncia e na execução da nulidade é limitada. O Poder Judiciário não retira o ato impugnado do “corpo geral das leis”, mas apenas exclui seus efeitos sobre um direito individual protegido pela Constituição. A atuação concreta e casuística do juiz não interfere na autonomia dos demais poderes, senão moralmente pelos seus fundamentos, já que apenas e tão somente apreciou o ato frente à Constituição.[521]

Ocorre que, como a separação, em si, não elimina potenciais conflitos entre os poderes[522], os ordenamentos tem que lidar com a eventual sobreposição de um poder sobre os demais. E não se pode negar que o duplo exercício pelo juiz da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária permite-lhe construir uma suposta ofensa à Constituição para afastar a lei que entende “injusta”. Nas palavras de Roger Stiefelmann Leal, um verdadeiro “álibi constitucional”[523], que abre as portas para a arbitrariedade e para insegurança jurídica. [524]

Assim, quando se entendeu necessário estatuir a jurisdição constitucional nos países europeus, sua formação histórico-política, diversa da norte-americana, levou ao fracasso da implantação do modelo que atribuída ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade.

---

519 Cf. Cristina Queiroz, ob. cit., p. 38.

520 Cf. *Conflito,* cit., p. 16.

521 Cf. ob. cit., p. 117. Cf., ainda, Elival da Silva Ramos, *Controle,* cit., pp. 117-118.

522 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito,* cit., p. 18.

523 Cf. A convergência, cit., p. 76.

524 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo,* cit., p. 130.

3.4.2 Segunda adequação: o deslocamento da jurisdição constitucional

Como sói acontecer, as circunstâncias particulares exigiram, portanto, uma nova adequação que, preservando a essência[525] da separação de poderes de viés europeu, pudesse dar conta dos novos problemas constitucionais que demandavam soluções.

Nesse contexto, a teoria da jurisdição constitucional de Kelsen e suas propostas efetivas durante a elaboração da Constituição federal austríaca de 1920[526] demonstram sua preocupação em estabelecer um verdadeiro arranjo institucional capaz de incrementar uma doutrina da separação de poderes adequada ao contexto do federalismo europeu[527], inserido ao período entre guerras, no qual a lei assume uma expressão da vontade política[528], papel bem diferente da expressão da *volonté générale* ou das *rapports nécessaires*, então mediadas pela razão.

Se os *founding fathers* norte-americanos haviam se inspirado[529] na doutrina de Montesquieu para, adaptando-a, forjar sua própria conformação de separação de poderes[530] – especialmente na superação do papel neutro do judiciário, cujo poder de declarar a inconstitucionalidade de leis mais é um instrumento de freio[531] –, a teoria aplicada de Kelsen não fica atrás.

---

525 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito,* cit., p. 18.

526 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 251-261.

527 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 7-8. Cf., ainda, Pedro Cruz Villalón, *La formación,* cit., p. 72.

528 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo,* cit., p. 81-85.

529 "The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu." (Cf. James Madison, Federalist n. 47, The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts, in Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist papers,* cit.).

530 "The constitution of Massachusetts has observed a sufficient though less pointed caution, in expressing this fundamental article of liberty. It declares 'that the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them.' *This declaration corresponds precisely with the doctrine of Montesquieu,* as it has been explained, and is not in a single point violated by the plan of the convention. *It goes no farther than to prohibit any one of the entire departments from exercising the powers of another department.* In the very Constitution to which it is prefixed, a partial mixture of powers has been admitted. The executive magistrate has a qualified negative on the legislative body, and the Senate, which is a part of the legislature, is a court of impeachment for members both of the executive and judiciary departments. The members of the judiciary department, again, are appointable by the executive department, and removable by the same authority on the address of the two legislative branches." (Cf. James Madison, Federalist n. 47, cit.).

531 Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização, cit. p. 66.

Os debates constituintes do projeto da Constituição austríaca demonstram que Kelsen buscava um "equilíbrio constitucional" que caracterizava o verdadeiro sentido do princípio da separação de poderes, ou, mais propriamente, da divisão de poderes.[532]

As propostas de permitir um controle de constitucionalidade *ex officio* por parte do Tribunal Constitucional austríaco (sobre leis que a própria Corte devesse aplicar no curso de processos decorrentes de suas outras competências), bem como de investir um procurador com poderes para impugnar ante o Tribunal qualquer lei federal ou estadual[533] apontam para o esforço de engendrar uma repartição mais detalhada do poder entre os diversos órgãos (e também dentro deles) que a de modelo norte-americano.

A contrario sensu, também algumas das mudanças políticas realizadas pela reforma constitucional de 1929 demonstram a importância da configuração institucional do Tribunal Constitucional no controle dos poderes e na estabilidade democrática. A pretexto de diminuir a influência dos partidos políticos, a alteração da composição do Tribunal (substituição da eleição do Parlamento pela indicação do executivo) e sua dissolução para a instituição de um novo, sob as novas regras, foram medidas que, ao enfraquecer a Corte Constitucional, desmantelaram o sistema de contenção dos poderes, abrindo caminho para a prevalência do fascismo.[534]

Isso reforça a dificuldade de suplantar a ampla propagação do ideário da Revolução Francesa. A democracia parlamentar implicava soberania do Parlamento e sua manutenção dependia de uma separação de poderes construída de forma hierarquizada, na qual a função judicial estava subordinada à função política.[535]

Mas, a ampliação e constitucionalização dos direitos fundamentais (sobretudo após os acontecimentos da Segunda Guerra) demandavam instrumentos capazes de garanti-los, se não pela sua natureza intrínseca, no mínimo como meio de garantir a supremacia da Constituição. Nesse contexto, o desenho institucional idealizado por Kelsen encontrou terreno fértil para sua propagação.

E isso foi possível porque o modelo europeu de controle de constitucionalidade não manteve o princípio da soberania do legislador tal qual o recebera do constitucionalismo

---

532 Cf. Hans Kelsen, A jurisdição, cit., p. 152.

533 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 260-261.

534 Cf. Hans Kelsen, O controle, cit., p. 306-307. No mesmo sentido, cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 269-276.

535 Cf. Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, ob. cit., p. 343.

inspirado na Revolução Francesa, porém, também não o rejeitou peremptoriamente.[536] Sua contribuição principal foi uma específica racionalização que permitiu manter uma tradição cara aos países europeus que romperam com absolutismo monárquico (centralidade da lei), mas à luz de uma releitura ou de um reagrupamento: a especialização da função legislativa e seu compartilhamento com outro órgão de natureza distinta.[537]

Como observa Eduardo García de Enterria, "[o] poder legislativo é cindido em dois: o legislador positivo, que toma a iniciativa de ditar e inovar as leis e o legislador negativo, que elimina aquelas leis que não são compatíveis com a superior norma constitucional."[538]

Redividindo as funções, dá-se novo "concerto" ao princípio da separação de poderes. A função do Poder Legislativo é introduzir leis no ordenamento jurídico. A função do Poder Judiciário é aplicar essas leis no julgamento dos casos concretos. A função da Corte Constitucional é retirar do ordenamento as leis contrárias à Constituição.[539]

Nessa conformação kelseniana, a Corte Constitucional é independente dos demais poderes. Extrai sua força da própria Constituição. Na formação original, sua ação é concertada com órgãos de outros poderes e, ao decidir, sem atuar na disputa, detém o poder supremo de interpretação, mas não o de ação. E, diferentemente, da Suprema Corte norte-americana, não pode escolher o que vai julgar.

Se, de um lado, não há como contestar a primazia da Corte Constitucional em relação aos demais poderes, de outro, a mais ampla divisão de funções permite um melhor

---

536 Cf. John E. Ferejohn, ob. cit., p. 53.

537 Conforme observa Pedro Cruz Villalón, "[f]rente a la vigência en principio ilimitada del principio de primacía de la Constitución, tal como de hecho lo entienden e interpretan los tribunales, em el 'sistema europeo' es el legislador, normalmente constituyente, el que determina cuáles son exactamente las consecuencias que para las leyes se van a derivar del principio de primacía de la Constitución: cuál es el contenido y alcance efectivos del principio, por quién y ante quién pude ser invocado, con qué consecuencias. [...] Sólo así se entiende, por ejemplo, el que, por voluntad del constituyente, la declaración de inconstitucionalidad de la norma no opere com efecto retroactivo, o incluso que posponga su eficacia hasta el transcurso de um determinado período de tiempo, lo que supone tanto como convalidar *pro praeterito* o incluso, limitadamente, *pro futuro* una norma que al mismo tiempo está siendo reconocida inconstitucional." (Cf. *La formación*, cit., p. 32-33).

538 Cf. ob. cit., p. 132. (Tradução livre do original em espanhol com o seguinte teor: "El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las Leyes y el legislador negativo, que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional.").

539 Cf. Victor Ferreres Comella, The European, cit., p. 467.

controle recíproco, na forma da receita de Montesquieu, tanto no aspecto jurisdicional quanto no aspecto legislativo.

Quanto ao aspecto jurisdicional, a separação entre jurisdição constitucional e ordinária cria esferas próprias de competência que não podem ser invadidas uma pela outra. Isso favorece a limitação do poder. Em hipóteses em que há influxos recíprocos (como o incidente de constitucionalidade), isso pode ser potencializado, pois estabelece novos *checks and balances*. Isso favorece o controle do poder.

Quanto ao aspecto legislativo, a divisão entre criação e anulação permite que o Poder Legislativo tenha ampla liberdade de atuar, independentemente da Corte Constitucional, o qual, inclusive, sem poder de agir *ex officio*, não deve impor entraves ao pleno exercício da atividade legislativa ordinária. Igualmente, permite que a Corte Constitucional, quando devidamente invocada, proteja a Constituição – e os cidadãos – de leis que lhe sejam contrárias.

Cumpre repetir que não se pode negar o primado da Corte Constitucional, sobretudo porque, na tarefa de intérprete último da Constituição, pode, por exemplo, alargar seu âmbito de competência, como ocorre no caso de utilização de instrumentos decisórios com caráter de normatização positiva. Mas, essa específica divisão de funções é, justamente, uma válida tentativa de limitar o amplo e, aparentemente, sem limites, poder da jurisdição constitucional.

Nessa linha, ao considerar que as características-tipo da jurisdição constitucional poderiam ser combinadas livremente pelo Direito positivo, Charles Eisenmann indica que se trata de um conceito, em alguma medida, maleável. Sua ressalva, porém, de que os grupos de solução (difuso/incidental/especial *v.* concentrado/principal/geral) são distintos entre si e internamente ligados – de uma maneira, se não necessária, ao menos natural – deixa claro que os modelos norte-americano e europeu propõem respostas diversas à questão de estruturação de poderes que lhes é colocada[540]

---

540 "In n'y aurait em effet pas grand intérêt à instituer une juridiction spéciale qui ne pourrait pas être – au moins dans une certaine mesure – directement saisie et dont les décisions n'auraient pas une autorité supérieure à celle des décisions d'une juridiction généralement quelconque. Et inversement, on ne songera guère à autoriser la voie d'action devante le juge ordinaire et encore bien moins à reconnaître à ses décisions en la matière une autorité absolue. " (Cf. ob. cit., p. 104-105). E, como ressalta John E. Ferejohn, "[o]ur system is but one way, among others, to implement this idea. Our people have every right to have chosen the institutions and practices that we have chosen". (Cf. ob. cit., p. 59).

Como o próprio Kelsen observa, a jurisdição constitucional é um suporte que deve ser considerado "[...] realisticamente como um princípio organizativo particular, e não como um problema da metafísica do Estado!"[541]

O caso é, então, de refletir sobre a formatação do arranjo institucional de acordo com as particulares características históricas do local e do momento, mas observando qual o núcleo de política organizacional do modelo que se pretende implantar[542], pois, como observa Pedro Cruz Villalón, não é possível fazer meras incorporações artificiais de modelos sem se examinar, previamente, as condições políticas e sociais em que serão aplicados.[543]

---

541 Cf. A jurisdição constitucional e administrativa, cit, p. 46.

542 A observação é de Anna Cândida da Cunha Ferraz para o princípio da separação de poderes, mas parece perfeitamente extensível também à adoção constitucional dos modelos de controle de constitucionalidade. (Cf. *Conflito*, cit., p. 16).

543 Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 69. Esse teria sido o problema do controle difuso implantado na República de Weimar, em 1925: "[...] la 'sentencia de la revaluación' (Aufwertungsurteil) de 1925 suponía la ruptura de los jueces, no sólo con su propio pasado, sino también, en cierto modo, con el presente del país, representado en su primera Constitución democrática. En este aspecto, Weimar ofrece también la lección de la imposibilidad de una incorporación artificial del control judicial (judicial review) allí donde no se dan los necesarios presupuestos políticos y sociales." (Cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación*, cit., p. 225-226). No mesmo sentido é o alerta de Carl Schmitt de que a interpretação de conceitos da Suprema Corte norte-americana "não pode ser simplesmente transferida às condições de um Estado continental europeu, condições estas de um tipo política e socialmente bem diferente." (Cf. ob. cit., p. 17).

CONCLUSÕES

– I –

Os dois séculos que separam o mundo de hoje das revoluções liberais têm muita história para contar, de vitórias e fracassos, sucessos e retrocessos, mas há algo que é tão caro às Constituições atuais quanto foi às Constituições "modernas": o binômio limitação do poder/garantia de direitos. Os movimentos históricos, políticos e culturais que trouxeram o mundo ocidental à chamada "contemporaneidade" ainda exercem seus influxos. Consequentemente, o constitucionalismo moderno não pode ser simplesmente deixado para trás como mera reminiscência histórica; não deve ser lembrado apenas como peça de museu.

Indubitavelmente, as situações e as necessidades se reconfiguraram por várias vezes ao longo desse período – não poderia ser de outra forma – e, em manobras pendulares, a organização do poder e os direitos dos indivíduos estabeleceram diversos tipos de relações e conexões influenciando-se reciprocamente. Pode parecer um pouco abstrato, mas não é. As atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial têm explicações multicausais, mas, dentre essas muitas variáveis, comumente se atribui como sendo parte do problema uma específica relação entre direito e política da primeira metade do século XX. Com o fim do conflito e a apuração do estrago, uma concepção de organização de poder resta vencida e outra se sobressai.

Três possíveis conclusões (ou "subideias") derivam dessa ideia primeira de reconfigurações do poder. Nenhuma delas nova. A primeira no sentido de que quando alguém possui um poder sem controle, tende a abusar dele. A segunda no sentido de que diferentes valores levarão à criação de diferentes soluções para os problemas de limitar o poder e garantir os direitos. A terceira no sentido de que as condições e particularidades históricas importam, tornando ineficazes – e, às vezes, até perigosas – as transplantações descuidadas de ideias gestadas em outros ambientes.

– II –

Isso não significa que todas as ideias devam ser originais. Elas apenas devem ser colocadas em seus específicos contextos. O fato de não se duvidar que a Inglaterra seja um exemplo de democracia – ao menos, no consenso do conceito ocidental –, não leva a muitas manifestações no sentido de abolir Constituições escritas ou repousar o poder máximo do Estado nas mãos do Parlamento. Mas, por outro lado, também não deve levar à imediata desconsideração dos mecanismos ali desenvolvidos. Pode haver lições valorosas que sejam aproveitadas em outras realidades.

– III –

O avanço e o fortalecimento da jurisdição constitucional talvez sejam o melhor exemplo disso. Razões históricas, políticas e jurídicas levaram à configuração de diferentes Constituições e de diferentes formas de defesa dessas Constituições.

A tradição evolutiva inglesa permitiu que sua organização política fundamental não dependesse de uma Constituição escrita e rígida. Isso não significa que seja um país menos democrática por isso.

Na maioria dos países da Europa ocidental e da América, no entanto, seguiu-se o receituário das revoluções liberais e foram implantadas Constituições escritas. Em um primeiro momento, sua rigidez (consubstanciada na dificuldade de alteração/revogação decorrente da diferenciação entre forma legal e forma constitucional) não impediu que elas fossem violadas e que ocorressem abusos.

A insuficiência de sua força política, portanto, estimulou o realce da dimensão jurídica das Constituições. A jurisdição constitucional, como instrumento de garantia da Constituição, que não a acompanhara em seu surgimento é “descoberta”, no início do século XIX, nos Estados Unidos, e “redesenhada”, no início do século XX, na Europa.

– IV –

A realidade social vivenciada por Montesquieu e que levou à elaboração de sua ideia de separação de poderes não identifica o poder de julgar dentre as forças políticas e sociais em tensão e que tendiam a abusar do poder. Dessa mesma ideia-base se ramificaram os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, cada qual lastreado em uma específica forma de interpretação.

O *Chief Justice* Marshall, seguindo Hamilton, funda o controle da Constituição pelos juízes. Em primeiro lugar, porque os juízes não teriam motivos para abusar do poder. Em segundo lugar, porque, tratando-se de uma atividade de conflito normativo, seria *logicamente* inerente à atividade judicial. Nessas condições, uma estrutura jurisdicional monista, com o exercício conjunto e compartilhado da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional, parece perfeitamente adequada.

Na Europa, por outro lado, essa mesma neutralidade dos juízes era o que lhes impedia de controlar a Constituição. E isso porque, de acordo com Montesquieu o poder de julgar era neutro, em si, porque *submetido à lei.* A lei é central e, se os juízes estão abaixo dela, não podem se impor sobre ela. Então, só quem pode controlar o legislador é outro legislador. O Tribunal Constitucional contra a constitucionalidade das leis em decorrência do exercício de sua função de "legislador negativo". Somente se justifica, pois, uma estrutura dualista, que atribua a um órgão especializado a jurisdição constitucional.

– V –

Uma das razões de distinção entre o modelo europeu e o americano é, portanto, de ordem teórica: a atribuição de um específico significado à doutrina da separação de poderes. Mas, há, ainda, outras razões de ordem prática que a ela se somam, com influências recíprocas.

As condições históricas e particulares da independência dos Estados Unidos impulsionaram a fundação da ordem política em uma Constituição escrita e em um sistema filiado ao *common law*. A concepção dessa tradição de que o juiz também é criador do Direito – e não seu mero aplicador silogístico – cria um ambiente mais favorável ao exercício da jurisdição constitucional pelo juiz ordinário. A falta de uma separação estrita entre Direito público e Direito privado (unidade de jurisdição) também contribui. Finalmente, a estabilidade do regime democrático, um acesso mais político e democrático ao judiciário, bem como uma maior capacidade dos juízes de lidarem com conflitos de natureza política completam o quadro que permite o estabelecimento de uma estrutura monista na qual se conferem a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional a todos os juízes e cortes, sem maiores complicações de ordem institucional.

Nos países da Europa ocidental, de outra forma, inverte-se o panorama. A filiação ao sistema de tradição romano-germânica implica uma concepção de que o papel do juiz é de mera interpretação da lei geral e abstrata racionalmente criada. A cultura codicista, ao tempo em que reforça esta compreensão, ainda cria uma separação cerrada entre Direito público e privado que acaba impondo a separação de jurisdições, o que afasta do juiz civilista o necessário conhecimento da natureza das normas constitucionais e da diferente interpretação que a ela deva ser aplicada. Finalmente, uma magistratura estruturada em forma de carreira burocrática e hierarquizada; da qual se desconfia por ligações com regimes políticos anteriores que foram derrubados; e cujo acesso e progressão dependem de critérios exclusivamente técnicos (sem, pois, legitimidade político-democrática), tornam o juiz ordinário pouco apto para o exercício da jurisdição constitucional, levando à criação de órgãos jurisdicionais especializados que remediem essas características.

– VI –

A rigidez de uma Constituição não implica, *necessariamente*, a atribuição do controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário ou a um Tribunal Constitucional, por intermédio de um procedimento jurisdicional. O conceito de rigidez constitucional impõe *mecanismos* tendentes a verificar a compatibilidade hierárquica e não *determinados órgãos* para tal mister.

Mas, se a opção política é pelo estabelecimento da jurisdição constitucional como garantia da Constituição, impõe-se examinar as particularidades de cada sistema. Se subsistem as razões estruturais que levaram a opções distintas quanto à separação ou não das jurisdições constitucional e ordinária, a mera aproximação de alguns aspectos processuais – que, no mais das vezes, sequer são tão rígidos, servindo mais a propósitos classificatórios – não é suficiente para superar a distinção entre o modelo europeu e o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das leis.

O Estado seguiu seu curso evolutivo nos séculos que se sucederam às revoluções liberais e, conforme alerta Mauro Cappelletti, é possível tentar limitar essa evolução ou, de forma mais realista, criar controles adequados. A importância da jurisdição constitucional foi uma forma de controlar o Legislativo sem controle e o Executivo gigante. Mas, não há porque deixar de pensar em novos mecanismos que possam controlar também o controlador.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, in *Cuadernos y debates:* fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15-31.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional:* fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert, Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, mar. 2003, p. 54-73.

ALLAN, T. R. S. *Law, liberty, and justice:* the legal foundations of British constitutionalism. Oxford: Clarendon, 1993.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 920, jun. 2012, p. 133-148.

_____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu. *Revista dos Tribunais*, ano 97, vol. 868, fev. 2008, p. 53-68.

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p. 195-206.

ARISTÓTELES. *Política* (trad. port. e notas Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes). Lisboa: Vega, 1998.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:* ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Revolução Americana e constitucionalismo. In: *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p. 169-175.

AYALA, Francisco. Introduccion. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Que es el tercer Estado?* (trad. esp. de Qu'est-ce que le tiers état?). Madrid: Aguilar, 1973.

BAGEHOT, Sir Walter. *The English Constitution*, 2009. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/4351/4351-h/4351-h.htm>

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>.

BARKER, Robert S. "I do solemnly swear": a historical perspective on the nomination, confirmation, and appointment of justices to the U.S. Supreme Court. In: *Issues of democracy*. Washington: eJournal USA, apr. 2005, p. 14-17. Disponível em: <http://www.america.gov/media/pdf/ejs/0405.pdf>.

BARROS, Alberto de. Revolução Inglesa e constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p. 158-167.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 593-617.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch:* The Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGNOTTO, Newton. Revolução Francesa e constitucionalismo, in Leonardo Avritzer *et. al.* (orgs.), *Dimensões políticas da justiça*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2013, p. 177-185.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto Costituzionale.* 14ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda:* razões e significados de uma distinção política (trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Destra e sinistra: ragioni e significati di uma distinzione politica). 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2001.

BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de*

Direito: história, teoria, crítica (trad. port. Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 379-414.

BRENNER, Saul. Granting certiorari by the United States Supreme Court: an overview of the social science studies. *Law Library Journal*, vol. 92, n. 2, 193, 2000, p. 193-202. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/llj92&div=31&g_sent=1&collection=journals#203>.

BRUTUS. *The Anti-Federalist Papers*: LXXVIII a LXXXII. Disponível em: <http://www.thefederalistpapers.org/antifederalist-paper-78-79>.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile.* Padova: Cedam, 1950.

CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Comunicacion oral. In: FAVOREU, Louis *et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 651-662.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis *et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-649.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (trad. port. de Aroldo Plínio Gonçalves de Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel. *Marbury* versus *Madison:* regreso a la leyenda, 15 p. Disponível em: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/08/doctrina05.pdf>.

CARR, Robert K. *The Supreme Court and judicial review.* New York: Farrar and Rinehart, 1942.

CELOTTO, Alfonso. *La corte costituzionale.* Bologna: Il Mulino, 2004.

CICERO, Da República (trad. port. Amador Cisneiros de De Republica). In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special Court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, v. 82, 2003-2004, p. 1705-1736. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr82&div=52&id=&page=&collection=journals>

COMELLA, Victor Ferreres. The European model of constitutional review of legislation: towards decentralization? *International Journal of Constitutional Law, I.CON*, v. 2, n. 3, 2004, p. 461-491, Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/injcl2&div=26&g_sent=1&collection=journals>.

CONSTANT, Benjamin. De la liberte des anciens comparée a celle des modernes (discours prononcé a l'Athénée Royal de Paris, 1819). In: *Cours de Politique Constitutionnelle.* t. II. 2ª ed. Paris: Libraire de Guillaumin, 1872.

CONSTANT, Benjamin. Principes de politique. In *Cours de Politique Constitutionnelle.* t. I. 2ª ed. Paris: Libraire de Guillaumin, 1872.

CORWIN, Edward S.; PELTASON, Jack W. *Understanding the Constitution.* 3ª ed. Holt: Rineheart and Winston, 1965.

COYLE, Marcia. Supreme Court asked to take certified question for only fifth time in six-plus decades. *The National Law Journal*, 03.08.2009. Disponível em: <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1202432706422&rss=newswire>.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución.* 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

_____. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939).* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, 1957, p. 279-295. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/emlj6&div=20&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=Dahl,%20Robert%20A.&type=matchall

DAVID, René. *O direito inglês* (trad. port. Eduardo Brandão de *Le droit anglais*). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (trad. port. Hermínio A. Carvalho de Les grands systèmes du droit contemporains). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 10ª ed. London: Macmillan, 1962.

DIETZE, Gottfried. America and Europe: decline and emergence of judicial review. *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, dec. 1958, p. 1233-1272. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1070910?sid=21105561445863&uid=2&uid=5909624&uid=3737664&uid=67&uid=5910200&uid=40528&uid=3&uid=62&uid=40529>.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. t. 3. 3ª ed. Paris: Libraire des Écoles Française d'Athenes et de Rome, 1930.

DUNN, John. *The Political Thought of John Locke*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Puf, 1970.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*. Paris: LGDJ, 1928.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto:* estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições (trad. port. Cláudia Sant'Ana Martins de Ulysses unbound). São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança:* uma teoria do controle judicial de constitucionalidade (trad. port. Juliana Lemos de Democracy and distrust: a theory of judicial review). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais* (trad. port. Dunia Marinho Silva de Les cours constitutiónnelles). São Paulo: Landy, 2004.

FAVOREU, Louis *et al. Droit constituttionnel:* 13ª ed. Paris: Dalloz, 2010.

FELDMAN, Jean-Philippe. Le constitutionalisme selon Benjamin Constant. *Revue française de Droit Constitutionnel*. Paris: Puf, n. 76, oct. 2008, p. 675-702.

FEREJOHN, John E. Constitutional review in the global context. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, p. 49-60, 2002-2003. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyulpp6&div=11&g_sent=1&collection=journals>.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenez; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 211-262.

_____. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.

_____. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In *The Spanish Constitution in the European constitutional context.* Madrid: Dykinson, 2003, p. 855-906.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, n. 34, dez. 1990, p. 27-44.

_____. *Conflito entre poderes:* o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Princípios fundamentais do processo constitucional. *Revista Mestrado em Direito.* Osasco: Edifieo, ano 4, n. 4, 2004, p. 181-193.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição:* mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución:* de la antiguedad a nuestros dias (trad. esp. Manuel Martínez Neira de Costituzione). Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Costituzionalismo:* percorsi della storia e tendenze attuali. Bari: Laterza, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional.* Bogotá: Editorial Temis, 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Estado legal y Estado constitucional de Derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas e Políticas.* Caracas, n. 82, 1991, p. 32-45.

GROPPI, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? *Revista del Derecho Político*, n. 62, 2005, p. 33-54. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8952/8545>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Do processo legislativo.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado.* São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano XXVIII, n. 99, set. 2008, p. 86-91.

_____. *O poder constituinte.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano* (trad. port. Eduardo Saldanha de An introduction to the anglo-american legal system). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GUARNIERI, Carlo. Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self-government. *Legal Studies*, v. 24, issue 1-2, mar. 2004, p. 169-187. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-121X.2004.tb00246.x/pdf>.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição (trad. port. Gilmar Ferreira Mendes de Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* (trad. port. Heitor Almeida Herrera de *The Federalist*). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

_____. *The Federalist Papers*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>.

HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. cast. José Antonio González Casanova de Droit Constitutionnel et institutions politiques). 4ª ed. Barcelona: Ariel, 1971.

_____. *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Montchrestien, 1966.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho público y constitucional* (trad. esp. Carlos Ruiz del Castillo). 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (trad. port. Gilmar Ferreira Mendes de Die Normative Kraft Der Verfassung). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JENNINGS, Sir William Ivor. *A Constituição britânica* (trad. port. Carlos Alberto Lamback de The British Constitution). Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional (trad. port. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão de La garantie jurisdictionelle de la Constitucion – la justice constitutionelle). In: *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 121-186.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920 (trad. port. Alexandre Krug de Verfassungs-und Verwaltunggerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom I Oktober 1920). In: *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-46.

_____. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana) (trad. port. de A comparative study of the Austrian and the American Constitution). In: *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 299-319.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? (trad. port. Alexandre Krug de Wer soll der Hüter der Verfassung sein?). In: *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237-298.

_____. *Teoria pura do Direito* (trad. port. João Baptista Machado de Reine Rechtslehre). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législatión sociale aux États-Unis:* l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard, 1921.

LASLETT, Peter. Locke, o homem, e Locke, o escritor. In: *Dois tratados sobre o governo civil* (trad. port. Julio Fischer de Two treatises of government). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *¿Que es una Constitución?* Santa Fé de Bogota: Editorial Temis, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* v. 57, ano 14, out.-dez. 2006, p. 62-81.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: HORBACH, Carlos Bastide *et al. Direito constitucional, Estado de Direito e democracia:* homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo; Quartier Latin, 2011, p. 589-610.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia:* desempenho e padrões de governo em 36 países (trad. port. Roberto Franco de Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-six Countries). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. A Constituição, expressão da vontade geral: a reforma do controle de constitucionalidade na França. In: HORBACH, Carlos Bastide *et al. Direito constitucional, Estado de Direito e democracia:* homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 205-217.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil* (trad. port. Julio Fischer de Two treatises of government). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. esp. Alfredo Gallego Anabitarte de Verfassungslehre). 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOUREIRO JÚNIOR. *Da constitucionalidade das leis:* São Paulo, 1949.

LOVELAND, Ian. *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights:* a critical introduction. 5ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

MARSHALL, Geoffrey; MOODIE, Graeme C. *Some problems of the Constitution.* London: Hutchinson, 1959.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito.* 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno* (trad. esp. José Rovira Armengol de Constitutionalism: ancient and modern). Buenos Aires: Editorial Nova, 1958.

MENDES, Gilmar Ferreira. Análise de direito comparado e nacional. *Caderno de Direito Constitucional.* Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da* civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina (trad. port. Cássio

Casagrande de The civil law tradition, 3 edition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MEZZETTI, Luca. La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria. In: MEZZETTI, Luca *et al. La giustizia costituzionale*: Verona, CEDAM, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. I. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Esprit des lois*. 2ª ed. Paris: Libraire Ch. Delagrave, 1892. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>.

_____. *O espírito das leis* (trad. port. Cristina Murachco de L'esprit des lois). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:* garantia suprema da Constituição, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS Carlos Blanco de. *Justiça constitucional:* garantia da constituição e controlo da constitucionalidade. t. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NEWMAN, William Herman. *The politics of Aristotle*. v. III. New York: Arno Press, 1973.

PAINE,Thomas. O*s direitos do homem:* uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa (trad. port. Jaime A. Clasen de Rights of Men). Petrópolis: Vozes, 1989.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa,* ano 42, n. 165, jan./mar. 2005, p. 59-76.

_____. A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo, in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 430-451.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI* (trad. port. Alexandre Coutinho Pagliarini). São Paulo: Saraiva, 2014.

PHILIPPE, Xavier. La question prioritaire de constitutionnalité: à l'aube d'une ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique. *Revue française de Droit constitutionnel.* Paris: Puf, n. 82, abr. 2010, p. 273-287.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial:* sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil:* perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Knopf, 2001.

RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: FAVOREU, Louis *et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 663-682.

ROGERS, James R.; VANBERG, Georg. Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective. *American Journal of Political Science*, v. 46, n. 2, apr. 2002, pp. 379-397. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3088383>.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 177-219.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional em Europa.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social* (trad. port. Antônio de Pádua Danesi de Du contrat social). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Seis tesis sobre la jurisdición constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 12, n. 35, maio-ago 1992, p. 9-39.

_____. Once tesis sobre la jurisdición constitucional en Europa. In: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.). *Tendencias actuales del Derecho.* 2ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 338-367.

RUIZ, Gregorio. *Federalismo judicial (el modelo americano).* Madrid: Civitas, 1994.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição* (trad. port. Geraldo de Carvalho de Der Hüter der Verfassung). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court.* New York: Oxford University Press, 1993.

SCHWARTZ, Herman. Eastern Europe's Constitutional Courts. *Journal of Democracy,* v. 9, n. 4, 1998, p. 100-114. Disponível em: <http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v009/9.4schwartz.html>.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics & Judicialization.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le tiers État?* Paris: Société de l'histoire de la Révolution Française, 1888.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernst *et al. Manual de Derecho Constitucional.* 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 823-860.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I): O que é a "*common law*", em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 92, 1997, p. 163-198.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* ano 119, nº 3743, jun. 1996, p. 36-39 e 69-73.

STEVENS, George Neff. Advisory Opinions--Present Status and an Evaluation. *Washington Law Review & State Bar Journal*, n. 34, 1959, p. 1-14. Disponível em:

<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/washlr34&div=4&id=&page=&collection=journals#3>

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges:* Constitutional politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000.

_____. The politics of constitutional review in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law, I.CON*, v. 5, n. 1, 2007, p. 69-92. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/5/1/69.full.pdf+html>.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América* (trad. port. Neil Ribeiro da Silva). São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz. Introdução para a edição brasileira. In: FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais* (trad. port. Dunia Marinho Silva de *Les cours constitutiónnelles*). São Paulo: Landy, 2004.

TOPF, Mel A. State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review. *Law Review M.S.U.-D.C.L.*, n. 101, 2001, p. 101-138. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mslr2001&div=11&id=&page=&collection=journals#154>.

TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility. *The Hastings Law Journal*, vol. 28, jan. 1977, p. 533-568. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hastlj28&div=27&g_sent=1&collection=journals>.

TUSHNET, Mark. State action, social welfare rights, and the judicial role: some comparative observations. *Chicago Journal of International Law*, v. 3, n. 2, 2002, p. 435-454, Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil3&div=38&g_sent=1&collection=journals>.

UNITED STATES OF AMERICA. *Marbury v. Madison 1 Cranch 137 (1803)*. Disponível em:<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO>

_____. *Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway Co. v. Wallace – 288 U.S. 249 (1933).* Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/288/249>.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2002.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil:* o processo judicial no pós-88. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VERMEULE, Adrian. The Atrophy of Constitutional Powers. *Oxford Journal of Legal Studies,* v. 32, n. 3, 2012, p. 421-444, Disponível em: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/32/3/421.full.pdf+html>.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno* (trad. port. Claudia Berliner de La formation de la pensée juridique modern). 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal,* v. 115, n. 6, apr. 2006, p. 1346-1406, Disponível em: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>.

WEBER, Albrecht. Jurisdicción constitucional em Europa Ocidental. *Revista Española de Derecho Constitucional,* ano 6, n. 17, maio-ago, 1986, p. 47-83.

WILSON, Steven Harmon [ed.]. *The U. S. justice system:* an encyclopedia. v. II. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2012.

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

SITES CONSULTADOS

FRANCE. Assemblee Nationale.
<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>
<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG. Recueil de legislation.
<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1997/0058/a058.pdf#page=2>

NETHERLANDS. Government of Netherlands.
<http://www.government.nl/issues/constitution>

UNIÃO EUROPEIA
<http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm>

UNITED KINGDOM. The National Archives.
<http://www.legislation.gov.uk/>

UNITED STATES OF AMERICA. Senate.
<http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court.
<http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>
<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>