

A NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RAÍZES, DESENVOLVIMENTO E SUPERAÇÃO DO MODELO TEÓRICO-PRÁTICO DE HANS KELSEN

Carlos Romero Lauria Paulo Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Professor do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ

1 Introdução

O presente ensaio lança luzes sobre os pressupostos históricos e teóricos, assim como sobre os elementos de implantação e desenvolvimento do modelo de Justiça Constitucional idealizado por Hans Kelsen e experimentado, pioneiramente, pela práxis do constitucionalismo austríaco do início do século XX. Colima-se adquirir uma compreensão sobre o percurso e a chegada do caminho evolutivo da Justiça Constitucional, para, ao cabo, configurar o perfil institucional e funcional que alcançou nos dias de hoje.

As origens, o desenvolvimento e até mesmo a superação do modelo teórico-prático concebido pelo prócer da *Escola de Viena* consubstanciam elementos fundamentais que conformam a espinha dorsal da Teoria da Justiça Constitucional.

As concepções de supremacia normativa constitucional e de engajamento do terceiro poder na garantia da constituição, já assentadas na América do Norte com mais um século de antecedência, tardaram a germinar na Europa, muito em razão de, durante todo o século XIX, candentes e persistentes “*mitos liberais*”¹, como os da superioridade do Parlamento, da separação ortodoxa de poderes e da perfeição e plenitude da lei, haverem imposto limitações incapacitantes ao poder judiciário, negando-lhe qualquer habilitação à censura sobre a obra do legislador.

O presente estudo procurará demonstrar que o modelo de Justiça Constitucional austríaco assentava em uma concepção de constituição ainda assaz impregnada por formalismos liberais, acomodados entre as premissas do positivismo normativista de Kelsen, de modo que o seu advento, longe de significar romper com o liberalismo, foi, na verdade, reflexo da então peculiar estrutura composta do Estado austríaco², que favoreceu a afirmação da supremacia da constituição nacional sobre as

1 A respeito dos “*mitos liberais*” e configurando a sua superveniente “*erosão*”, v. OTERO, 2007:152 ss.

2 Sobre o assunto, com maior extensão, v. JIMÉNEZ ASENSIO, 2005: 127-132.

legislações parciais dos entes-membros.

Assim, em primeira aproximação, adiante-se que o modelo de Justiça Constitucional de Kelsen não resistiria ao ocaso definitivo da concepção liberal-formalista da constituição, perante a consolidação do Estado Social de Direito ao longo do século XX, sendo forçado a definitivas demudações evolutivas.

Na esteira dessa desfiguradora evolução, paradigmas do modelo kelseniano originário – como o papel de mero *legislador negativo* reservado ao Tribunal Constitucional e, até mesmo, o caráter estritamente concentrado e abstrato do controle sobre a constitucionalidade das leis, marcado pelo alijamento do juiz no caso concreto da jurisdição constitucional (“*desconfiança em relação aos juízes*”) e pela não interferência dos fatos no controle de normas e na interpretação jurídica em geral – foram sendo cada vez mais deixados de lado.

2 Origens da Justiça Constitucional na Europa continental

No ambiente europeu-continental, antes do século XX, nenhum intento original de estabelecer um controle de constitucionalidade das leis alcançou efetividade ou sequer chegou a ser implantado. Dois modelos precursores dignos de registro são: no plano teórico, a célebre concepção do *jury constitutionnaire*, atribuída a Emmanuel Joseph Sieyès (1795) e, no plano da práxis, o sistema de proteção contra infrações à constituição, previsto na Constituição espanhola de 1812.

A propósito do primeiro, mencione-se que o modelo teórico de um *jury constitutionnaire*, o qual personificaria um guardião da Constituição, já assumia, como pressuposto, em moldes assemelhados ao que preconizava o então incipiente modelo norte-americano de *judicial review of legislation*³, a possibilidade de infração à constituição, para, por conseguinte, afirmar a necessidade imperiosa de se a fazer obedecer⁴.

Quanto ao segundo, o modelo espanhol do início do século XIX, não se tratava, na verdade, de um autêntico controle sobre a constitucionalidade das leis, mas de um sistema de proteção da constituição deduzido do Art.

3 A propósito, apontando a influência da doutrina federalista norte-americana, principalmente de Alexander Hamilton, sobre SIEYÈS, v. WEBER, 1986: 50.

4 “Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse donde residirá el guardián, la magistratura de ese código [...] Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer” (Apud PRIETO, 2003: 61).

373, da Constituição de 1812, cujo mecanismo consistia na tipificação, por via legal, de delitos que traduziam hipóteses de atos contrários à constituição⁵.

Pois bem. Os antecedentes continentais de menos remota referência e de maior ligação de pertinência e ascendência histórica frente a um efetivo e autêntico *controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis*, somente deveras implantado no entreguerras do século XX, concernem e remontam aos conflitos justiciáveis entre as legislações federal e dos estados-membros nos incipientes Estados nacionais de estrutura composta (federal) de fins do século XIX, dos quais são exemplos marcantes a Alemanha e a Áustria⁶.

Na Alemanha, a Constituição de 1871, além de estabelecer uma repartição de competências entre os entes territoriais (*Länder*) e a Federação (*Bund*), estatuiu um princípio de primazia, ou cláusula de prevalência, do Direito federal sobre o Direito dos estados-membros (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), ao mesmo tempo em que favorecia, uma vez que não vedava, o poder de os juizes e tribunais exercerem o controle sobre leis e outros atos públicos estaduais, sob o parâmetro de sua conformidade com as leis federais. Não havia distinção entre o direito ao exame judicial (*richterliches Prüfungsrecht*) e o controle de normas, o que somente viria a suceder, primeiro na Áustria e depois na Alemanha, com a futura autonomização conceitual e funcional deste último (*Normenkontrolle*), de que se encarregaria a justiça constitucional especializada e concentrada em um tribunal *ad hoc*⁷.

5 Sobre o modelo, v. PÉREZ (1985: 63-5), que conclui o seguinte: “[N]o cabe pensar em que exista um atisbo de control de consititucionalidad de las leyes sino solo de actos contrários a la Constitución tipificados por la ley como delitos”.

6 Sói arrolar-se, em doutrina, para o fim de ilustração histórica, também o caso da Suíça, sob a Constituição de 1874, igualmente um Estado de estrutura composta (confederação) que conheceu um controle normativo sobre as leis cantonais, sob o parâmetro da distribuição de competências conformado, a um só tempo, pela constituição e pelas leis federais. Contudo, trata-se de um caso à parte, mesmo nos dias atuais, uma vez que não evoluiu para um controle de constitucionalidade de bases essenciais coincidentes com as do restante do Velho Continente, não tendo, por um lado, alcançado sequer a proclamação do princípio da supremacia da constituição senão sobre a legislação dos entes territoriais, tampouco a ideia de rigidez constitucional, e, por outro, lançando mão de instrumentos peculiares como o “referendo legislativo”. Para um estudo do modelo suíço, v., entre outros, ACOSTA, 1998: 230-245.

7 Tal somente viria a ser implementado a partir da Lei Fundamental de Bonn, de 1948, com a criação do Tribunal Constitucional Federal, cabendo a este o controle normativo,

Tratava-se, é certo, de um controle mais de legalidade ordinária do que propriamente de constitucionalidade⁸. No entanto, o parâmetro constitucional, embora circunscrito às normas – de sede constitucional – que demarcavam os lindes da distribuição de competências entre os entes territoriais e o ente central, já estava inculcado no desempenho de tal controle normativo.

A jurisdição constitucional propriamente dita ainda não se manifestara até 1920, mas a prática dos tribunais no manejo, não obstante indireto, do parâmetro da constitucionalidade já sinalizava para uma mudança de paradigmas.

Nesse diapasão, decisões de tribunais superiores⁹, entre os quais o Tribunal do Estado para o *Reich*, sob a Constituição de Weimar, ao longo dos anos 1920, passavam a reconhecer um direito de exame das normas legais, já não apenas as dos entes territoriais, mas as do próprio *Reich*, o que se caracterizaria como abertura à possibilidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido de forma difusa, por todos os tribunais.¹⁰

Com efeito, o *Staatsgerichtshof* da República de Weimar, mediante a célebre Sentença de 4 de novembro de 1925¹¹, já não deixava dúvidas a esse respeito, ao afirmar, ante o silêncio da constituição, a competência dos juízes e tribunais para controlar a constitucionalidade de todas as leis, nos seguintes termos:

[Que o juiz esteja subordinado à lei – artigo 102 da Constituição do Reich –] não exclui o fato de que ele possa privar de validade uma lei ou suas determinações particulares, contanto que estejam em contradição com outros preceitos que as precedem e a serem observados pelo juiz.¹²

(...) Posto que a própria Constituição do *Reich* não contém nenhum preceito segundo o qual a decisão acerca da constitucionalidade das leis do *Reich* fosse subtraída

enquanto aos juízes e tribunais (ordinários) o chamado direito ao exame judicial. A esse respeito, v. extensivamente HECK, 1995: 46-7 *et passim*.

8 Nesse sentido, v. MUÑOZ, 2004: 54.

9 Atribui-se a decisão pioneira a uma das Salas do Tribunal Financeiro do *Reich* (*Reichsfinanzhof*), de 23 de março de 1921. Nesse sentido, v. MUÑOZ, 2004: 56; SCHMITT, 2007: 23.

10 v. MAUS, 2000: 194.

11 *Jurisprudência civil do Reich*, 111, p. 322 (Apud SCHMITT, 2007: 23).

12 Excerto da mencionada sentença transcrita por SCHMITT: 2007: 23.

aos tribunais ou transferida a outra instância, há que se reconhecer o direito e o dever do juiz de controlar a constitucionalidade das leis do *Reich*.¹³

Na mesma sentença, identifica-se, ademais, irrefutável adesão à ideia de rigidez constitucional, ao asseverar: (...) os preceitos da Constituição do *Reich* só podem ser anulados por meio de uma lei de emenda constitucional que se realize de maneira regular.¹⁴

Paralelamente, na Áustria, mesmo que, diferentemente do que sucedia na Alemanha, não se adotasse a cláusula de prevalência da legislação federal sobre a dos estados-membros (*Länder*)¹⁵, os potenciais conflitos de competência ínsitos à estrutura federal do Estado também estiveram relacionados ao incipiente controle de constitucionalidade ali concebido, mas somente a partir da Constituição de 1920.¹⁶

Até então, os conflitos entre as leis federais e estaduais eram resolvidos pelos tribunais ordinários, assim como pelos órgãos executivos, mediante a adoção do princípio da *lex posterior*¹⁷, sem ainda, por conseguinte, qualquer consideração relacionada a um parâmetro de constitucionalidade.

Sob a nova Constituição concebeu-se um tribunal *ad hoc*, denominado Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), de cuja decisão dependia, em cada caso de conflito internormativo, a definição

13 Tradução livre a partir de outro excerto da sentença em alusão, transcrito em língua espanhola, por sua vez, por MUÑOZ, 2004: 56. Este autor realça opinião doutrinária que atribui a esse precedente importância histórica, localizada embora, semelhante à de que desfruta a Sentença do *justice* Marshall, de 1803, em *Marbury vs. Madison*.

14 Apud SCHMITT, 2007: 24.

15 A propósito, referindo-se à Carta de 1920 e destacando que “[a] Constituição austríaca não expressou o princípio ‘o direito nacional prevalece sobre o direito estadual’”, v. KELSEN, 2007b: 22. Este autor (austríaco), a propósito, em outro escrito (2007a: 185) chega mesmo a apontar tal cláusula como “um dos paradoxos da teoria do Estado federativo”, recusando peremptoriamente que se a identifique como correspondente à essência do Estado federativo ou como justificativa da necessidade de uma jurisdição constitucional.

16 Antes, na Áustria, o controle jurisdicional sobre as leis se circunscrevia a um controle sobre a existência da lei, concernente à sua adequada *publicação* e entrada em vigor. O modelo introduzido pela Constituição de 1920 preserva o controle sobre a existência (a devida publicação) da lei, entregue aos tribunais ordinários, e passa a contemplar o incipiente Tribunal Constitucional com um controle sobre a validade (formal e material) da legislação (leis e certos decretos) frente à constituição. A respeito, v. KELSEN, 2007b: 21.

17 v. KELSEN, 2007b: 21.

das normas que deviam prevalecer sobre outras, agora sob a consideração do parâmetro constitucional de repartição de competências. Segundo Hans Kelsen, “o verdadeiro respeito à ideia federalista, que encontrou sua expressão na Constituição total do Estado, requer que nem o direito federal prevaleça sobre o direito estadual, nem o direito estadual sobre o direito federal, e que ambos sejam, em suas relações recíprocas, igualmente julgados de acordo com a Constituição total que delimita seu respectivo domínio”¹⁸.

Por outro lado, a extensão do parâmetro de constitucionalidade para além da reserva competencial do *Bund* e dos *Länder* e, conseqüentemente, a promoção do tribunal constitucional a mais do que meramente árbitro das controvérsias competenciais entre estes, tiveram na Constituição austríaca de 1920 um expresse e inequívoco paradigma, mediante a atribuição de iniciativa *ex officio* à Corte para analisar a constitucionalidade das leis *tout court* que devesse aplicar em outro contexto. Como aponta a doutrina¹⁹, com remissão às atas da subcomissão constitucional, tal paradigma se deveu à interferência do próprio Hans Kelsen, que insistiu em ampliar, mediante termos genéricos, aquele parâmetro manejável pelo Tribunal Constitucional. Com efeito, a evidência de tal extensão se entremostra à luz do complemento constante da parte final do apartado 1º, do Art. 140 da Constituição Federal austríaca (1920), assim:

Art. 140, 1. O Tribunal Constitucional conhece da inconstitucionalidade das leis de *Land* a instância do Governo Federal; da inconstitucionalidade das leis federais a instância de um Governo de *Land*, assim como de ofício, na medida em que uma dessas leis seja pressuposto de uma sentença do Tribunal Constitucional²⁰.

Assim, no primeiro pós-guerra, em ambas as experiências, tedesca e austríaca, o parâmetro da constitucionalidade incorporava-se ao controle normativo exercitável, tanto sobre as leis federais, quanto sobre as leis territoriais. Todavia, enquanto na Alemanha o Tribunal do Estado para o *Reich* não concentrava o controle judicial normativo, adotava-se pioneiramente, na Áustria, um controle judicial concentrado em um tribunal *ad hoc*.

A concepção desse modelo, implementado a partir da Constituição austríaca de 1920, é devida à contribuição teórica e à colaboração nos trabalhos legislativos de Hans Kelsen.

18 Ibidem, 2007a: 185.

19 *v.*, por todos, ÖHLINGER, 2006: 3.

20 Apud ÖHLINGER, *ibidem* (tradução livre).

3 O modelo de justiça constitucional austríaco-kelseniano

Como defendia Kelsen, a específica atividade tocada ao tribunal constitucional, por um lado, não se diferencia, em essência, da desenvolvida por um tribunal judiciário propriamente dito, uma vez que a atuação jurisdicional aplicadora de normas jurídicas a fatos materiais concretos se identificava com a atividade do tribunal constitucional, na medida em que esta não consistia senão em aplicar a norma constitucional ao fato material concreto da produção legislativa²¹. Ora, segundo o professor austríaco, o controle de constitucionalidade sobre uma norma implica subsumir o fato de sua produção legislativa à norma constitucional que há de lhe fornecer, sob pena de incompatibilidade vertical, o respectivo fundamento de validade, de sorte que o vício normativo capaz de provocar a anulação da lei se identifica no ter sido elaborada em desacordo com a norma constitucional definidora de procedimento ou de conteúdo.

Ainda que a função do tribunal constitucional não diferisse em essência da desempenhada pelos demais tribunais, o que inclusive justificava a organização e o funcionamento procedimental²² daquele em moldes assemelhados aos destes, a *Escola de Viena* – e, no particular, Kelsen à frente – teve o cuidado de concebê-lo como um tribunal *ad hoc*, destacado e separado dos tribunais judiciários, encarregando-o, concentrada e especializadamente, dos misteres inerentes à jurisdição constitucional.

Fê-lo adotando solução, nesse particular aspecto, diametralmente oposto à solução norte-americana (jurisdição constitucional *difusa*), como deliberada reação neopositivista (positivismo normativista) a um contexto histórico e político, vivido no mundo germânico do início do século XX, marcado por um positivismo legalista desacreditado e pela crescente e vigorosa afirmação doutrinária e política de dogmas da chamada *Escola do Direito Livre*.

Tal corrente do pensamento jurídico²³ pregava, no que aqui interessa, em suma, o voluntarismo da decisão jurídica concreta e, em último termo, da decisão judicial, no sentido de que a realização do direito devia basear-se na vontade de seu aplicador de alcançar um “direito justo”, orientando-se por uma valoração prática permeada por fatores axiológicos, emocionais

21 v. KELSEN, 2007c: 255-7 e 263.

22 Kelsen, aliás, discorrera, enfaticamente, em sua célebre réplica a Carl Schmitt, a favor da independência, em moldes análogos à judiciária, para os membros do tribunal constitucional e do “caráter judiciário”, ou “dialético”, ou “litigioso”, do procedimento perante o tribunal constitucional. v. KELSEN, 2007c: 253 e 264-265.

23 Dada a sua índole polêmica e militante, não sistematicamente organizada, qualificando-a como “movimento”, v. NEVES, 1984: 1022.

e teleológicos, não estando atreito, portanto, aos quadros lógico-formais fixados pelas leis, uma vez que nestas não se confinava e com elas não se confundia o direito.²⁴ Com esse movimento professado, embora pela esquerda política e acadêmica, no que pregava a liberdade dos juízes frente à lei, convergiam interesses corporativistas conservadores da Associação dos Juízes Alemães, em um momento histórico de confrontação do judiciário com o fortalecido Parlamento pós-Bismarck, sobretudo após o advento do Código Civil de 1900 e da legislação extravagante, considerada de teor político-partidário.²⁵ Os juízes, então, engajavam-se em uma redefinição prática do postulado da “vinculação à lei”, atuando crescentemente como censores do Parlamento e de *legibus solutus*.

O cenário histórico europeu, notadamente no ambiente e adjacências germânicas, onde originariamente medrou a proposta da jurisdição constitucional especializada e concentrada em um tribunal *ad hoc*, separado dos tribunais judiciários, era, portanto, o de indisfarçável “desconfiança em relação aos juízes”²⁶, sobretudo ante a preocupação em se evitar o chamado “governo dos juízes”. Riscos à segurança jurídica – alicerçada pela legalidade – já potencializados pela propensão ao arbítrio judicial favorecida, por sua vez, por correntes teóricas, como a do Direito Livre, seriam ainda mais maximizados e não contidos, se se concedesse a todos os juízes e tribunais o poder de anular leis por contrariedade à constituição.

Logo, a *Escola de Viena* – buscando reabilitar o positivismo, no que concerne a uma aplicação lógica e controlável do Direito, e, nesse sentido, conciliar a controlabilidade, a um só tempo, do juiz e do próprio legislador – concebe um modelo institucional em que a vinculação imediata à lei submete aquele e a vinculação imediata à constituição subordina este²⁷, de modo que somente o tribunal constitucional, independente e apartado do poder judiciário, tem o poder de anular as leis por inconstitucionalidade.

Deveras, o tipo de controle de constitucionalidade proposto por Hans Kelsen confiava somente a uma corte especializada e independente o poder de declarar inconstitucionais as leis, com eficácia geral *erga omnes* e sob instância das autoridades públicas superiores ou supremas chamadas

24 Analiticamente, sobre a *Escola do Direito Livre*, v., entre outros, LARENZ, 2005: 77-83, e NEVES, 1984: 1021-32.

25 v. MAUS, 2000:195.

26 Associando a “desconfiança em relação aos juízes” do kelsenianismo à da época da Revolução Francesa, v. LÓPEZ, 1981: 1442.

27 A propósito, afirmando que “a Constituição (...) está acima da legislação porque define o procedimento legislativo e, em certa medida também o conteúdo das leis; do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos”, v. KELSEN, 2007c: 261. Nota 8.

Hans Kelsen, seja por desobedecer a requisitos de procedimento de elaboração legislativa constitucionalmente definidos, seja por contrariar aspectos de conteúdo fixados pela constituição, o vício normativo se identifica no desacordo entre a produção do ato legislativo (inferior) e a norma constitucional.

Não obstante remetesse o vício normativo ao fato de sua produção legislativa³⁰, Kelsen defendia que a decisão de inconstitucionalidade somente geraria efeitos *ex nunc*, tratando-se, portanto, de ato *constitutivo* negativo que produziria a *anulação* da norma questionada, e não, a mera declaração de sua *nulidade* de pleno direito.³¹ Ademais, Kelsen já especulava com a necessidade de uma certa modulação, no tempo – em regra³², *pro futuro* –, dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade, propondo que, em certos casos, como na hipótese em que a elaboração de uma lei para regular o mesmo objeto daquela anulada requeresse um prazo muito longo, se previsse “a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar de sua publicação”.³³

Verificamos que se cuidava de uma preocupação com o ideal da segurança jurídica, mas, ao mesmo tempo, de uma excessiva concessão formalista ao princípio da divisão de poderes. Para Hans Kelsen, em nome do primeiro, a nulificação retroativa do ato normativo comprometeria a eficácia dos atos jurídicos já produzidos e regulados pelo ato normativo amparado pela pendente presunção de constitucionalidade.³⁴ Sob a consideração do segundo princípio – o da divisão de poderes –, por sua vez, impunha-se respeitar a decisão do legislador, pelo menos no que concernisse à revogação do ato normativo sucedido pela lei inconstitucional, de modo que a anulação de uma lei pelo tribunal constitucional não devia produzir automaticamente, como regra, o restabelecimento do estado de

30 A propósito, é da lição de Kelsen: “o controle de constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional[, p]ois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição”, logo o “suporte fático (*Tatbestand*) que deve ser subsumido à norma constitucional, quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material (...)” (2007c: 256).

31 v. KELSEN, 2007a:171.

32 Na verdade, Kelsen admitia a “anulação retroativa”, contudo como exceção estrita, circunscrita à hipótese em que a norma anulada já tivesse sido ab-rogada no momento da decisão de inconstitucionalidade, mas ainda se aplicasse a fatos anteriores, concernentes a relações jurídicas de trato sucessivo no tempo, o que significava que ao tribunal constitucional caberia apenas “anular um resto de validade” (2007a: 162-4 e 173).

33 v. KELSEN, 2007a: 145 e 172.

34 v. KELSEN, 2007a: 143 e 145.

a aplicar o direito.

Sob a Constituição austríaca de 1920, foi instituído o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) independente dos demais poderes do Estado e competente para julgar sobre o respeito à constituição, notadamente no que concernisse às competências repartidas entre o *Bund* (Federação) e os *Länder* (estados federados). Tratava-se de uma jurisdição *concentrada* e exclusiva, porque exercida enquanto função *especializada* de um único tribunal, separado dos demais e chamado a pronunciar-se sobre questões estritamente jurídico-constitucionais, com total abstração dos conflitos de interesses que subjazessem, enquanto suporte fático, tanto às normas questionadas como aos concretos casos de aplicação das mesmas.

Embora, por um lado, sob o aspecto de essência – na concepção kelseniana, como referimos acima – as atividades do tribunal constitucional e da jurisdição ordinária não discrepem, por implicarem ambas a aplicação do direito a suportes fáticos materiais, por outro, estremam-se, quando se considera que, enquanto esta produz norma jurídica *individual*, porque destinada a reger o caso concreto de aplicação deduzido por partes subjetivamente interessadas, aquele, aproximando-se mais, neste aspecto, da atividade legislativa, produz norma *geral*, dotada de eficácia *erga omnes*, uma vez que “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração”²⁸.

Em boa medida, o aspecto definidor do *modelo kelseniano* residia na rigorosa exclusão do conhecimento de fatos por parte do juiz constitucional. Sua tarefa quedava, assim, rigorosamente circunscrita a um juízo de compatibilidade lógica entre dois enunciados normativos perfeitamente cristalizados, mas carentes de qualquer referência fática à constituição e à lei. A via processual mais adequada, segundo tal construção teórica, era o recurso direto, interponível por certos órgãos legitimados que provocam a deflagração de um processo objetivo destinado a resolver em abstrato, sem qualquer referência a nenhum caso concreto, sobre a adequação ou inadequação à constituição de um certo preceito legal. Como é bem de ver, o paralelismo com o procedimento legislativo é evidente²⁹.

Com efeito, o tribunal constitucional austríaco-kelseniano exercia um controle *abstrato* sobre a constitucionalidade, uma vez que se limitava a controlar a compatibilidade entre dois níveis de normas abstratas: a constituição, de hierarquia superior, e as leis e decretos que da primeira deveriam retirar imediatamente o seu fundamento de validade. Segundo

28 v. Kelsen, 2007a:152.

29 v. Rubio, 1982: 40.

direito anterior à sua entrada em vigor.³⁵ No entanto, advertindo que disso resultaria um malfazejo “vazio jurídico”, propunha deferir ao tribunal constitucional não apenas o mencionado poder de diferimento da eficácia da sentença de inconstitucionalidade, mas também, alternativamente, um poder limitado de concessão *ad hoc* do efeito repristinatório, que, assim, seria analisado e decidido fundamentadamente caso a caso.

Kelsen, em 1928, em seu escrito sobre a garantia jurisdicional da constituição³⁶, alertara para a conveniência de uma ampliação no acesso à jurisdição concentrada por meio de uma via incidental ao curso de um processo subjetivo referido a um caso concreto de aplicação. Sob sua influência, a Constituição austríaca submeteu-se, em 1929³⁷, a importante revisão de seu texto, para admitir que o Tribunal Constitucional Federal pudesse conhecer – quer provocado por um juízo ordinário, quer *ex-officio*, nas hipóteses em que fosse chamado como foro originário a decidir imediatamente apenas a legalidade de certos atos jurídicos individuais – uma questão de inconstitucionalidade prejudicial, suscitada como incidente suspensivo de um processo subjetivo instaurado em face de um caso concreto. Tratava-se de uma importante “brecha” no sistema de fiscalização abstrata da constitucionalidade, a qual, em alguma medida, referenciava a norma questionada e a própria norma constitucional paradigma a uma hipótese concreta de sua aplicação, ainda que ao Tribunal Constitucional persistisse vedado conhecer especificamente do conflito material de interesses subjetivos em torno do qual tivesse surgido a questão abstrata de compatibilidade hierárquico-normativa.

Cedo após a inserção dessa abertura a um controle concreto, o Tribunal Constitucional austríaco, assaltado pelo nacional-socialismo, viria, em 1933, a paralisar suas atividades. Logo, ainda que tenha sido incorporada pelo próprio modelo-matriz austríaco, tal característica, com potencial para modificar substancialmente o controle normativo encarregado ao tribunal constitucional, não chegou a ser significativa e duradouramente testada e explorada no ambiente de sua concepção originária, o que somente viria a acontecer no pós-guerra por parte das novéis cortes constitucionais européias, descendentes do modelo austríaco, principalmente as implantadas na Alemanha federal e na Itália.

35 A propósito, a concessão ao princípio da divisão de poderes parece evidente na seguinte passagem do texto do autor: “O poder que seria conferido desse modo [por via de uma disposição geral] ao tribunal constitucional, de fazer as normas entrarem positivamente em vigor, acentuaria sobremodo o caráter legislativo da sua função, ainda que só se referisse a normas que já haviam sido postas em vigor pelo legislador regular” (v. KELSEN, 2007a: 172)

36 v. KELSEN, Hans, 2007a: 175-176.

37 v. WEBER, 1986: 67.

4 A demudação evolutiva da práxis da Justiça Constitucional

Verificam-se, no segundo pós-guerra, transformações relevantes na práxis da Justiça Constitucional que implicaram romper, ou, pelo menos, demudar significativamente, paradigmas do modelo kelseniano puro originário, como, de um lado, o que atine ao total alijamento do juiz ordinário do exercício de jurisdição constitucional e, de outro, o que diz com o caráter objetivo puro e abstrato do controle de normas.

Quanto ao primeiro aspecto, com efeito, ao juiz ordinário passou-se a reconhecer uma crescente e importante parcela do juízo cognitivo sobre a constitucionalidade da lei candidata a ter aplicação ao caso concreto sob julgamento no processo judicial subjetivo, uma vez que se lhe reconhece um poder-dever de pronunciar-se previamente sobre a questão de constitucionalidade. Essa questão pode levantar tanto *ex officio*, de forma fundamentada, remetendo-a ao tribunal constitucional, quanto mediante a provocação da parte interessada. Nesta última hipótese, na Itália³⁸, o juiz ou tribunal ordinário somente não a remeterá à *Corte Costituzionale* se for o caso de rejeitá-la por manifesta falta de fundamento (*manifesta infondatezza*); na Alemanha³⁹, desde que a entenda cumpridamente fundada, encaminha-la-á ao Tribunal Constitucional Federal.

No que concerne ao segundo aspecto, considere-se que o modelo europeu de controle de normas, sob o parâmetro da conformação constitucional, nascera vincadamente caracterizado como um controle objetivo puro que, por ser herdeiro da *Staatsgerichtsbarkeit*, isto é, da jurisdição constitucional da tradição germânica de resolução de conflitos entre órgãos do Estado⁴⁰, somente habilitava determinados órgãos ou instâncias políticas para a sua iniciativa, ao passo que do seu conhecimento abstrato encarregava-se concentradamente o tribunal constitucional.

Ainda que mantido o caráter *concentrado*, à vista da preservada posição do tribunal constitucional, ressalvadas as concessões cognitivas ao juiz ordinário, por um lado, e de iniciativa a este (*ex-officio*) e às partes interessadas em uma lide subjetiva, por outro, propiciadas pelas aberturas evolutivas, respectivamente, tanto de uma via de acesso *incidental* à justiça constitucional quanto de acesso direto para a defesa *concreta e principaliter* de direitos fundamentais perante a justiça constitucional⁴¹,

38 v. PIZZORUSSO, 2005: 117 ss.

39 v. WEBER, 1986: 67.

40 Identificando tal causa, v. PÉREZ, 1985: 124.

41 Mencionem-se os exemplos do *recurso de amparo* espanhol (Const. Espanhola, art. 53, § 2. “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción

provocou-se uma agregação de elementos do controle concreto e subjetivo a sistemas derivados de um modelo exclusivamente objetivo e abstrato em sua origem⁴².

À medida que se conferem habilitações legitimadoras para a iniciativa dos próprios interessados nas posições de direitos subjetivos em disputa e, por outro lado, amplia-se o acesso ao tribunal constitucional para a defesa de posições subjetivas de direitos fundamentais, não há que negar estar-se diante de traços evolutivos que apontam para uma certa abertura à “*subjetivização*” do controle de normas. Todavia – advirta-se –, não significa, absolutamente, que os modelos derivados do tipo austríaco-kelseniano tenham abandonado o viés *objetivista*⁴³, uma vez que, mesmo quando o tribunal constitucional atua no exercício de autêntico controle concentrado e *concreto*, seja na resolução de questões prejudiciais de constitucionalidade – como é dominante na Itália⁴⁴, por exemplo –, seja em sede recurso de amparo⁴⁵, as suas decisões que impliquem pronúncia de inconstitucionalidade⁴⁶, são dotadas de força obrigatória geral e, em alguns casos, como na Alemanha e Espanha, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público, inclusive os da justiça ordinária⁴⁷.

5 Aspectos da superação do modelo kelseniano de Justiça Constitucional:

5.1 Ancoragem do modelo kelseniano em uma concepção formalista de

de conciencia reconocida en el artículo 30.”); e os *recursos constitucionais* alemão (Const. Alemã, art. Art. 93. “Compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir: § 7 sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou nos direitos consagrados no § 4 do artigo 20 ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104;”) e austríaco (*Beischeidbeschwerde*).

42 v. PEGORARO, 2004: 42-4.

43 “Diz-se *objetiva* [a fiscalização da constitucionalidade], quando à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as normas constitucionais” (v. MIRANDA, 2005: 54).

44 Afirmando que “[e]l control incidental de constitucionalidad de las leyes es la más importante de las competencias de la Corte [italiana]”, v. PIZZORUSSO, 2005: 117. No mesmo norte, LIEBMAN, 1958: 412-3.

45 A propósito, como destaca HÄBERLE (2005: 96) algumas das mais importantes sentenças do Tribunal Constitucional Federal alemão, com ingente repercussão na interpretação e aplicação do direito objetivo constitucional, foram adotadas em sede de “recursos constitucionais de amparo”, como as célebres decisões dos casos *Lüth*, *Lebach*, *Farmácias* e a sentença do *numerus clausus* no acesso à universidade, entre outras.

46 Na Alemanha, mesmo as decisões de rejeição da inconstitucionalidade, por implicarem a pronúncia de constitucionalidade da norma questionada, têm essa eficácia. Por sua parte, o Brasil importou semelhante solução de eficácia, a partir da EC nº 3/1993, ampliada posteriormente pela EC nº 45/2004.

47 No mesmo sentido, afirmando, com relação ao tribunal constitucional alemão, que, como esse órgão “cuenta en este contencioso con poderes y libertad similares a los que tiene en el control abstracto, indudablemente el carácter objetivo se refuerza”, v. ACOSTA, 1998: 269.

A desfiguração evolutiva do modelo de Justiça Constitucional concebido por Kelsen, como se acabou de ilustrar com a análise da práxis dos tribunais constitucionais europeus erigidos no segundo pós-guerra, deveu-se, como se passa a analisar, ao fato de que o modelo kelseniano, aferrado a uma concepção formalista de constituição, foi inclementemente afetado pela irreversível superação de tal concepção por parte do Estado de direito social e democrático que ressuscitou, na Europa, após a conflagração mundial.

Para Kelsen, cabia à constituição prefigurar uma disciplina predominantemente formal dos poderes do Estado, regulando, sobretudo, os modos de produção normativa, sendo que determinações de cunho material tinham cabimento limitado sobre o conteúdo de leis futuras. A constituição, segundo tal concepção, era, pois, um corpo de normas referidas aos órgãos superiores do Estado e, ainda que limitadamente contemplasse também normas relativas às relações dos indivíduos com o poder estatal, tais normas não seriam senão mandamentos ou proibições dirigidos ao legislador, de modo que não seriam em nenhum caso diretamente aplicáveis pelo poder judiciário, uma vez que a este não caberia aplicá-las senão dê que mediadas pela lei.

Em tal concepção formalista de constituição ancorava-se, congruentemente, o modelo kelseniano de justiça constitucional segundo o qual se habilitava um órgão jurisdicional *ad hoc*, especializado, a atuar meramente como *legislador negativo*.

Ora, Kelsen preconizava precisamente que disposições constitucionais vagas, a exemplo de disposições que enunciavam normas de princípio relacionadas a ideais de justiça, equidade, liberdade, moralidade etc., deveriam ser evitadas no texto constitucional, porque poderiam ser equivocadamente interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis e, assim, no extremo, suscetibilizar que leis fossem anuladas por serem reputadas injustas, o que, em última análise, significaria submeter a concepção da maioria do parlamento que votou a lei à “boa vontade” do tribunal constitucional. Segundo Kelsen, isso representaria um deslocamento de poder não desejado pela constituição – pelo menos sob a concepção que adotava – e contraindicado do ponto de vista político, uma vez que “a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável”.⁴⁸

O próprio Kelsen, como é bem de ver, estava consciente de que

48 v. KELSEN, 2007a: 169-170; e, ainda, 2007c: 262-263.

concepção de constituição distinta da que preconizava, contemplando enunciados de princípios dotados de vagueza semântica e alargando o conteúdo material do texto fundamental, traria implicações importantes, como, já à partida, distinta e muito mais ampla outorga de poderes ao tribunal constitucional. Logo, a constituição que contemplasse normas como as que Kelsen aludia inserir-se-ia em *modelo* significativamente diverso de constituição e de supremacia constitucional, o que, inevitavelmente, refletiria sobre o modelo de justiça constitucional que propugnara.

5.2 Abandono da concepção kelseniana sobre a natureza da constituição material: a constitucionalização do Direito

À concepção de constituição defendida por Kelsen como norma suprema organizativa e enunciativa de mandamentos ao legislador opôs-se, em sucessivo, no ambiente europeu-continental, um modelo de constituição como norma suprema conformadora de um sistema vinculado por determinadas decisões valorativas⁴⁹.

Tal dicotomia⁵⁰ de concepções opostas de constituição coincide com as alternativas identificadas por Guastini⁵¹ – com base no critério da diversidade de funções políticas desempenhadas pela constituição entre, de um lado, a constituição que responde a uma função de limitar o poder político e, de outro, a que se ocupa da função de modelar as relações sociais – e por Böckenförde⁵², entre *ordenamento-marco*, dedicado a organizar a vida político-estatal e a relação entre o Estado e o cidadão, e *ordem jurídica fundamental da comunidade* em seu conjunto.

À parte alguma diferenciação de abordagem, sob a primeira concepção alternativa de ambos os teóricos, entendem-se os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade apenas, preordenados à defesa do indivíduo frente ao Estado. Admite-se que as normas constitucionais se dirigem somente aos órgãos constitucionais supremos, sendo estes os seus únicos intérpretes autorizados, de modo que aos juízes ordinários não cabe interpretá-las e aplicá-las diretamente. Sob a segunda concepção, marcada pela elevada densidade material do texto fundamental⁵³, a constituição contempla todos os princípios e diretrizes de

49 Nesse sentido e precisando ter sido esta última a concepção de constituição adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, v. ZEIDLER, 1987: 56.

50 Advirta-se, por oportuno, com MIRANDA (2003: 23), que dicotomias como esta, em verdade, abarcam um ciclo longo ou diversos ciclos de conteúdos constitucionais.

51 v. GUASTINI, 2001: 256-7.

52 v. BÖCKENFÖRDE, 1993: 137.

53 v. PRIETO, 2000: 174.

conformação do ordenamento jurídico, dado que suas normas de direito fundamental assumem-se como normas objetivas que se suscetibilizam à interpretação e à aplicação direta por juízes comuns, à medida que se favorece, por um lado, a interpretação e aplicação da legislação ordinária, conforme a constituição, pressupondo prévia e necessária interpretação desta, e, por outro, o alcance de princípios e regras idôneos à disciplina direta de relações sociais.

A maioria das constituições ocidentais da segunda metade do século XX, a partir dos Estados constitucionais que emergiram da Segunda Guerra, consagrara expressamente, em seus textos, decisões valorativas que exprimiam inequívoca e irreversível adesão aos ideais de justiça, igualdade, liberdade, socialidade, entre outros, por meio de normas-princípio fundamentais encapadas por enunciados vagos, semanticamente abertos ou plurissignificativos e, não raro, ambíguos.

Tal evolução há de ser compreendida, deveras, como um deliberado abandono do primeiro modelo, identificado, a propósito, com a concepção kelseniana acerca da constituição material, todavia, advirta-se, no sentido de abandono de uma exclusividade de características de tal modelo⁵⁴. Com efeito, as constituições dos estados de direito democráticos não deitaram fora suas componentes liberais preordenadas à limitação do poder, como a afirmação de direitos fundamentais de defesa, a divisão de poderes e o princípio da legalidade, mas, à medida que incorporaram harmoniosamente conteúdos de expressão normativo-axiológica voltados à vida comunitária civil e política, tais componentes passam a demandar demudada e compatível interpretação.

Essa nova concepção de constituição espelha uma nova concepção de interpenetração Estado-Sociedade, propiciada pela democratização da vida política, fazendo com que os órgãos políticos sejam entendidos como uma projeção de toda a Sociedade, o que Rogério E. Soares⁵⁵ traduz de forma irretocável, ao afirmar que, “[quando se descobre que o Estado é apenas uma especial dimensão da sociedade, então a constituição, se quer ter sentido, há de voltar a ser pensada como ordenação de toda a comunidade”.

54 A propósito, retomando a divisão talhada por Böckenförde e refutando-a enquanto uma alternativa necessária, para defender que, de acordo com a teoria dos princípios, “una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”, v. ALEXY, 2004: 31 *et passim*. Em sentido semelhante, sob a concepção de centralidade qualitativa da constituição, significando normas de orientação tanto da vida em comunidade quanto dentro do aparelho do Estado, v., também, GOUVEIA, 2005: 590. No mesmo sentido, qualificando a constituição como “el orden jurídico del Estado e de la sociedad” e que “abarca Estado y sociedad” e detalhando que “no significa solo limitación del poder estatal sino también autorización para ejercer el poder estatal”, v., por último, HÄBERLE, 2002: 155.

55 SOARES, 1987: 71.

Por outro lado, o contexto histórico em que se completou a significativa viragem da concepção de constituição foi especialmente decisivo. Com efeito, tratava-se invariavelmente de regimes de ruptura institucional e política, e as constituições encerravam o propósito de deixar isso proclamado de forma veemente para as gerações de então e do porvir. De fato, Estados como a Áustria (1945), Itália (1948) e República Federal da Alemanha (1949), ressurgidos das cinzas dos regimes totalitários nazi-fascistas, assim como, mais tardiamente, Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988) e outros Estados europeus e latino-americanos onde a instabilidade política favorecera regimes de arbítrio e tirania, rompiam categoricamente com o passado recente de opressão às liberdades individuais e refundavam as garantias do Estado constitucional de Direito.

A preocupação com a efetividade das garantias e com a perenidade dos regimes de ruptura implantados favoreceu o incremento da *força normativa da constituição*, o que, aliado à substantivação do conteúdo das constituições pós-liberais, colocou o legislador na berlinda, ao mesmo tempo em que multiplicou os poderes da instância de controle preordenada à defesa da constituição e dos direitos fundamentais – o tribunal constitucional.

No novo modelo, à expansão dos conteúdos materiais⁵⁶ mediante a encampação normativa de valores, que já provinha do Estado social consolidado no entreguerras, agregavam-se a revigorada força normativa da constituição e o papel de defensor da ordem constitucional cometido a um tribunal *ad hoc*, compondo o fenômeno que se pode denominar, com Robert Alexy, “*constitucionalização material da ordem jurídica*”⁵⁷.

A propósito, no julgamento do caso *Lüth*⁵⁸, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão identificou os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos de defesa (concepção liberal), mas, mais do que isso, como “normas de princípio decididoras de valores”, designadas também simplesmente “princípios”, dotados de força normativa. Além disso, o *Bundesverfassungsgericht*, interpretando o art. 1º, nº 3, da Constituição alemã, que sujeita os poderes do Estado aos direitos fundamentais, adotou posição favorável a uma eficácia ou dimensão objetiva destes, concluindo que, como as normas de direito fundamental são princípios e, demais disso, vinculam os três poderes, não há como se negar a “ubiquidade” dos direitos fundamentais, o que significa que irradiam “para todos os âmbitos do direito”.

Nesse diapasão, a constituição e notadamente as normas de direito

56 Referindo-se a uma “*ampliação do âmbito constitucional*”, v. AJA, 1997: 40.

57 v. ALEXY, 2007: 72-4.

58 Referência a esse marco jurisprudencial também em: DENNINGER, 1987: 183.

fundamental assumem-se como definidoras não apenas da forma, mas também do conteúdo das atuações do Estado-Legislador, irradiando para todos os domínios do Direito (constitucionalização do Direito), assim como do Estado-Administração, impondo, no mínimo, a sua sujeição a valores, diretivas e fins constitucionais.

Dito de outro modo, reforça-se a função jurídico-objetiva⁵⁹ dos direitos fundamentais, a implicar uma irradiação vinculativa, não meramente formal, mas sobretudo material – de conteúdo –, fazendo-se incidente a normatividade constitucional sobre todo o ordenamento jurídico⁶⁰ e, por reflexo, sobre as atuações materiais do Estado – impondo-lhe deveres de proteção – e, até mesmo, as relações entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Tais transformações evolutivas foram captadas e, ao mesmo tempo, construídas⁶¹ e difundidas amplamente pela práxis do Tribunal Constitucional Federal alemão⁶². O terem sido aqui apresentadas como componentes conformadoras de nova concepção de constituição leva em conta esse fato, ao mesmo tempo em que, contudo, não significa irrestrita e necessária adesão teórica, antes se justifica, em perspectiva pragmática, ante a vasta difusão e influência que premissas teóricas assumidas pela corte alemã acerca da constituição, como a eficácia objetiva e o caráter principiológico-objetivo dos direitos fundamentais, além dos métodos de trabalho adotados por essa corte, sobretudo a ferramenta concretizadora desses direitos – a ponderação de bens⁶³ –, alcançaram no cenário europeu-continental⁶⁴⁻⁶⁵ e até mesmo na América Latina.

59 Relacionando o advento do Estado social de Direito e a acentuação da dimensão jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, v., entre outros, HABERMAS, 2003: 311; GRIMM, 2006: 161-7; MIRANDA, 2000: 31-2; NOVAIS, 2003: 20-6; PEREZ LUÑO, 2005: 20-6.

60 “La Constitución ya no es solo fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico.” (V. FARALLI, 2007: 85).

61 Qualificando, deveras, o caso *Lüth* como palco de um “cambio constitucional”, mediante “nueva interpretación (material) de los derechos fundamentales” e detalhando que, por outro lado, “por la vía del desarrollo jurídico de Derecho constitucional, se há acabado por llegar a una ampliación interpretativa de esta (nueva) caudalidad de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio”, v. BÖCKENFÖRDE, 2000: 192.

62 Em sentido crítico, topicamente, sobre contribuições do *Bundesverfassungsgericht*, v., por tantos, BÖCKENFÖRDE, 1993: 135-8; MÜLLER, 2003: 316 e 318-9.

63 A propósito, identificando uma triade de ideias – *princípio, irradiação e ponderação* – entrelaçadas estreitamente uma com a outra, v. ALEXI, 2007: 73.

64 Ilustrando bem isso, mediante referências à influência da doutrina tedesca dos direitos fundamentais na doutrina francesa, no que concerne ao conceito de “la constitucionalización de todas las ramas del Derecho”, v. ACOSTA, 1998: 354: “‘El origen del concepto se encuentra en el derecho francés y se remonta al estudio de Michel Fromont sobre ‘los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania’, publicado em 1954’, utilizado por el profesor Favoreu para elaborar la nueva noción”.

65 Sobre a adesão da Itália às mesmas concepções de força normativa constitucional imediata e irradiação de

Por outro aspecto, não se olvida que necessidades e influências contextuais colocam permanentemente em aberto esse processo evolutivo, sujeitando-o a diferentes conformações consoante o ambiente onde ocorram⁶⁶. Para uma ilustração disso, mesmo não sendo o nosso propósito detalhar a questão, mas reconhecendo a ingente importância para uma atualizada compreensão acerca da constituição com os seus inevitáveis reflexos na justiça constitucional, mencione-se que um princípio de primado do Direito comunitário da União Europeia coloca, nesse ambiente, desafios muito relevantes para a Teoria da Constituição, no que respeita primordialmente à supremacia e força normativa das constituições nacionais, trazendo à ribalta uma atual “crisis del principio de supremacia constitucional”⁶⁷.

6 À guisa de considerações finais: a nova Justiça Constitucional

Do quanto se analisou neste ensaio, conclui-se que o papel da Justiça Constitucional, superando as concepções teóricas de Hans Kelsen, assume um paradigma de constituição material instrumentalmente atrelado ao seu regime de garantias e significativamente afetado pela renovação da função política atribuída à constituição, enquanto ordem jurídica fundamental da comunidade, além do viés de uma ordem de limitação do poder político⁶⁸.

O tribunal constitucional, como instituição independente, passa a desempenhar o papel de “reforçar a atuação da constituição e de seus direitos fundamentais”⁶⁹ perante o agir dos três poderes constituídos.

Se a concepção de conteúdo da constituição defendida por Kelsen não foi seguida, o seu modelo de justiça constitucional, tampouco foi a rigor adotado, senão limitadamente, como uma fôrma vazia.

O doloroso aprendizado histórico de que, para refrear atentados ao Estado de Direito e à democracia, não bastava proclamar direitos e direitos fundamentais, v. ROMBOLI, 1996: 36.

66 A propósito, alertando que o nascimento, a evolução e as modificações da jurisdição constitucional foram resultantes de necessidades contextuais, e não, de pura lógica, de modo que haverá sempre, seja quanto ao surgimento, seja quanto ao desenvolvimento da jurisdição constitucional em cada Estado, uma “explicação contextual”, v. ACOSTA, 1998: 372.

67 A esse respeito, com percuciência, configurando já uma “fragmentação hierárquico-normativa da Constituição” e, ademais, que “cada processo de modificação da Constituição em conformidade com o Direito Comunitário” faz “uma farsa da força normativa da Constituição”, v. OTERO, 2007: 557 e 605, *passim*; e, ainda, IDEM, 2003: 31-4. Para o estado atual do problema, em profundidade, v. também os recentíssimos estudos compilados em TAJADURA *et al.*, 2008: *passim*.

68 Nesse sentido, após asseverar que a constituição “abarca Estado y sociedad”, sustentando que “[l]a jurisdicción constitucional, en tanto fuerza política, actúa desde el comienzo más allá del dogma sobre la separación entre Estado y sociedad”, v. HÄBERLE, 2002: 155.

69 v. CAPPELLETTI, 2003: 130.

garantias fundamentais, sem assegurar mecanismos efetivos de controle jurisdicional sobre a atuação dos poderes constituídos⁷⁰, forneceu invariavelmente as bases de justificação para a (re)implantação da Justiça Constitucional nos estados constitucionais que ressurgiram no segundo pós-guerra⁷¹.

Portanto, o modelo institucional assentado em preocupações orgânicas atinentes à segurança jurídica, à estabilidade e ao equilíbrio entre distintas forças políticas ou os diferentes componentes territoriais, como as que inspiravam o tribunal *kelseniano*, calhou, em um primeiro momento, sendo certo que tais preocupações foram até potencializadas ante a debilidade constitucional verificada na fase inicial de implantação dos novos regimes. Aos tribunais constitucionais, portanto, aparentemente revivendo a corte austríaco-kelseniana paralisada em 1933, era requerido um papel de guardiões, concentrando a destacada tarefa de uma “defesa dramática” das novéis constituições, no sentido de que a posição de garante que estas lhes outorgavam significava preordená-los especificamente ao mister de refrear eventuais ataques à ordem constitucional e às liberdades dos indivíduos⁷².

Todavia, sob nova concepção de constituição e, portanto, manejando um parâmetro de constitucionalidade de muito mais larga extensão material, essas cortes foram incumbidas de inovada função, ao mesmo tempo em que foram dotadas de poderes cognitivos incomensuráveis e, por arrasto, instrumental e modos de atuação muito diversos quando comparados à corte austríaca do entreguerras⁷³.

Por outro aspecto, a estabilização institucional a que cedo experimentaram os regimes democráticos reimplantados na Europa central, assim como, desde a década de 1980 os Estados ibéricos e, na atualidade, conquanto ainda sem o mesmo amadurecimento, alguns ordenamentos latino-americanos, com destaque para o Brasil, apontam para um novo estágio na evolução das funções da justiça constitucional e, em particular, das cortes constitucionais, apartando-se decisivamente do

70 v. KRIELE, 1980: 150 e 160-1.

71 A esse respeito, CAPPELLETTI (2003: 131-2) enfatiza: “Realmente, parece que nenhum país da Europa, emergindo de alguma forma de regime não democrático ou de sérios conflitos domésticos, poderia achar uma melhor resposta à exigência de reagir contra pecados passados, possivelmente prevenindo uma recaída, do que introduzindo a justiça constitucional em seu novo sistema de governo”. Precisamente no mesmo sentido, v. LÓPEZ, 2000: 15-6.

72 Nesse sentido, v. PEREZ, 2003: 31-2; DAVID, 1998: 94.

73 Para o caso italiano, v., a propósito, ROMBOLI, 1996: 36, que sintetiza o seguinte: “La decisión a favor del carácter rígido de la Constitución de 1948 y la posterior calificación de ésta como fuente del Derecho, directa e inmediatamente eficaz en el plano de las fuentes y en el de las relaciones entre ciudadanos, lleva a la introducción en Italia de un sistema de justicia constitucional, hasta entonces desconocido en el ordenamiento constitucional italiano”.

modelo kelseniano-austríaco, vincadamente formalista.

Com efeito, a práxis democrática consolidada nesses ambientes tem revelado que a defesa da constituição se “*desdramatiza*”⁷⁴ e se transmuda em uma tarefa de permanente depuração interpretativa e atualizadora dos conteúdos constitucionais. É dizer: já não está tanto em causa a sobrevivência do regime implantado quanto, este sim, o seu contínuo aperfeiçoamento⁷⁵.

Nesse novo contexto, a justiça constitucional, deparando com as limitações e inadequações do modelo de um mero *legislador negativo*, avança com a adoção frequente de técnicas de julgamento como, v. g., as de *interpretação conforme a constituição*, a *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*, ou recorrendo até mesmo a *sentenças aditivas* e *substitutivas*, passam crescentemente a lançar mão de *sentenças interpretativas* ou mesmo *integrativas*, as quais, como não se limitam a juízos positivo ou negativo sobre a inconstitucionalidade de certa norma ou disposição normativa perante a norma constitucional, consubstanciam as assim chamadas *sentenças intermediárias*.

De tal arte, a Justiça Constitucional é cada vez mais desafiada não já apenas a defender a constituição, mas principalmente a interpretá-la⁷⁶, assumindo compromisso capital com o desenvolvimento do Direito Constitucional.

74 A expressão é de PEREZ, *ibidem*.

75 No mesmo sentido, afirmando, à luz da atividade do Tribunal Constitucional alemão, que “a jurisdição constitucional não se exaure na guarda (protetora) da Constituição, que sinala o coroamento do Estado de Direito, mas também contribui para o desenvolvimento dos princípios constitucionais”, v. HECK, 1995: 167.

76 Contrapondo “la labor interpretativa frente a la puramente defensiva” da justiça constitucional, v. LÓPEZ GUERRA, 2000: 17-9.

Referências

ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*: Fundamentos de la Democracia Constitucional. Madri: Tecnos, 1998.

AJA, Eliseo. Introducción al Concepto Actual de Constitución: estudio preliminar . In: LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* Trad. esp. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada . In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. bras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* . Trad. esp. Madri: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Escritos sobre los Derechos Fundamentales* . Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____. Notas sobre el Concepto de Cambio Constitucional. In: _____. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* . Trad. esp. Madri: Trotta, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. bras. *RF*, v. 366, março-abril, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Trad. bras. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DENNINGER, E. *Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas*. In: PINA, Antônio López (Org.). *División de Poderes e Interpretación* . Madrid: Tecnos, 1987 .

FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho contemporánea* . Trad. esp. Madri: Hispania Libros, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito constitucional* . 2. ed.

Coimbra: Almedina, 2005. v.1

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos fundamentales* . Trad. esp. Madri: Trotta, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional* . Trad. mex. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Poder Político . In: _____. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: com especial referencia ao Tribunal constitucional Alemán* . Trad. esp. Cidade do México: Porrúa, 2005.

_____. La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional. Trad. col. In: _____. *Constitución como Cultura* . Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002 .

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade: entre facticidade e validade* . Trad. bras. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HECK, Luís Afonso, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição Constitucional Federal Alemã* . Porto Alegre: Fabris, 1995.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo: processo de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. 3 . ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

KELSEN, Hans. A Garantia jurisdiccional da Constituição: a jurisdição constitucional, exposição nos Debates do Instituto Internacional de Direito Público(1928) . Trad. bras. In: _____. *Jurisdição Constitucional* . Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A Jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado Federativo segundo a nova Constituição Federal Austríaca de 1º de outubro de 1920 . In: _____. *Jurisdição Constitucional* . Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? In:_____ .

Carlos Romero Lauria A NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RAÍZES, DESENVOLVIMENTO
Paulo Neto E SUPERAÇÃO DO MODELO TEÓRICO-PRÁTICO DE HANS KELSEN

Jurisdição Constitucional. Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional democrático*. Trad. arg. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. trad. port. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Contenuto ed Efficacia delle Decisioni della Corte Costituzionale.*, In: *Scritti Giuridici in Memória di Piero Calamandrei*. Diritto Processuale: autori italiani, Pádua: CEDAM, v.3,1958.

LOPEZ GUERRA, Luis. *El Tribunal Constitucional y el Principio “stare decisis”*. El Tribunal Constitucional. Madri, IEF, v. 2, n.1437, 1981.

_____. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional: estudio preliminar*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

MAUS, Ingeborg, *O Judiciário como superego da sociedade*. Trad. bras. RNE /CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. t. II.

_____. _____. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

_____. _____. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. t. VI.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Moderna e Intepretação dos direitos fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do Direito*. Trad. bras. AIAJC, ano 7, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Constitución*. Madri: Iustel, 2004.

NEVES, António Castanheira. *Escola do Direito Livre*. Verbete. *Enciclopédia Polis: verbo da sociedade e do Estado, Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política*. Lisboa/S Paulo, Verbo, v. 2, 1984.

NOVAIS, Jorge R. *As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ÖHLINGER, Theo. Hans Kelsen y el Derecho Constitucional Federal Austríaco: una retrospectiva crítica. Trad. esp. *RIDPC*, Proceso y Constitución. México, n. 5, 2006.

OTERO, Paulo. *Fragmentação da Constituição forma*. In: GANDRA, Ives; Diogo de Campos (org.), *O Direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. 8. ed. reimpr. Madri: Tecnos, 2005.

PÉREZ TREMPES, Pablo. *La Justicia Constitucional en la Actualidad: especial referencia a América Latina*. *RBDC*, São Paulo, n. 1, 2003.

_____. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: CEPC, 1985.

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una Perspectiva Comparada*. Trad. esp. Madri: Dykinson, 2004.

PIZZORUSSO, Alessandro. *La Justicia constitucional en Italia*. Trad. esp. In: _____ *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Lima: Palestra, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

_____. *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madri: Universidad de Alicante, n. 23, 2000.

ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*. Trad. esp. *REDC*, ano 16, n. 48, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *Sobre la relación entre Tribunal*

Carlos Romero Lauria A NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RAÍZES, DESENVOLVIMENTO
Paulo Neto E SUPERAÇÃO DO MODELO TEÓRICO-PRÁTICO DE HANS KELSEN

Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. *REDC*, Ano 2, n. 4, 1982.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. bras. Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2007.

SOARES, Rogério E. *O conceito ocidental de Constituição* . *RLJ*, ano 119, n. 3742-3753, Coimbra, 1987.

TAJADURA, Javier(org.) et al. *Justicia Constitucional y Unión Europea* : Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Áustria, España, Francia, Italia y Portugal . Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

WEBER, Albrecht. La Jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: Una Comparación. *REDC*, Ano 6, n. 17, p. 47-83, 1986.

ZEIDLER, Wolfgang, *Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha – A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais: espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas* . Trad. port. In: VIIª Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.