

## O Tribunal Constitucional como Poder

### CAPÍTULO 7. A HEXAPARTIÇÃO DOS PODERES

#### Capítulo 7. A Hexapartição dos Poderes

##### 7. 1. As três fases da percepção do fenômeno constitucional

A *constituição* foi percebida diferentemente ao longo da História do Ocidente. Das origens do Reino Medieval à Revolução franco-americana, o que se poderia considerar *constituição* era concebido, antes de tudo, como um dado fático, forjado pela história, independente de uma intervenção direta da razão humana. Nessa primeira fase, a *constituição* é o entrançamento de pactos, costumes e modos de acomodação a conflitos e dominações, esparsamente formalizados, envolvendo, na comunidade, os que detêm autoridade e os que a obedecem. <sup>1</sup> Não chega a formar um direito próprio, específico, distinto do direito comum ao conjunto das relações privadas.

As revoluções liberais do século XVIII é que invocaram a aptidão do direito, enquanto produto da racionalidade humana, para reger, de forma autônoma, também o Estado e a vida política. O Estado pode e deve ser submetido ao direito, um direito específico, suscetível de ser modelado, racionalmente, para atingir fins. Aí está, a nosso ver, o cerne da ideia liberal das revoluções setecentistas: a crença na capacidade do direito para regular e limitar o Estado e a política, por meio de uma lei, a *Constituição*, que, de alguma forma, provenha autonomamente da representação nacional.

Nessa segunda fase, a Constituição já é direito. Mas é, ainda, um *direito político*, <sup>2</sup> não um direito plenamente jurídico. Com isso se quer dizer duas coisas. Primeiro e principalmente, que a Constituição, embora direito, carece de força normativa própria, carece de instrumentação, carece de uma jurisdição, que assegure sua eficácia jurídica. A produção dos efeitos esperados das normas constitucionais dependia, basicamente, do *fair play*, do cavalheirismo e da boa vontade, dos protagonistas e das forças políticas envolvidas. E, segundo, decorrência do anterior, a Constituição era simplesmente a lei da vida política em sentido estrito, não um sobredireito, não a lei suprema de todo o ordenamento jurídico. <sup>3</sup>

Na segunda década do século XX, começa a delinear-se uma terceira fase. No bojo da escola alemã de direito público, ocorre a Revolução Kelseniana, que ganhou contornos definitivos na *Teoria Pura do Direito*. <sup>4</sup> Surge uma concepção nova de ordenamento jurídico, piramidal e escalonado, estruturado em bases rigorosamente lógicas, cujo ápice é ocupado pela Constituição, com pressuposto em um postulado da razão teórica.

A Constituição sem deixar de ser a lei reguladora da vida política, deveria aspirar agora à elevada condição de: (a) repositório das normas jurídicas supremas; (b) fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; (c) cabeça de capítulo de todos os ramos do direito; e (d) paradigma para a conformação de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de invalidade. <sup>5</sup>

A partir da revolução kelseniana, começa a desenhar-se o direito constitucional em

sentido estrito e rigoroso do termo. Um direito que, sem renunciar sua substância política, tenha vocação para a supremacia. Para realizá-la, necessita de instrumentos garantidores de uma eficácia jurídica própria, independentemente da boa vontade dos protagonistas políticos.

A imaginação criadora acabou encontrando os meios institucionais para conferir ao direito constitucional força normativa. A peça-chave específica, até então desconhecida e que faltava, veio a denominar-se de Tribunal Constitucional. Uma vez construída e posta em operação, produziu um profundo impacto sobre a divisão dos poderes, tema de nosso estudo.

Esse direito constitucional *normativo*, fora do âmbito do *common law*, tentou ensaiar, sem êxito, seus primeiros passos com a Constituição de Weimar e, mais particularmente, com a Constituição Austríaca de 1920, projetada por Kelsen. Passado o inverno totalitário na Europa Ocidental e no contexto de uma nova fundamentação do direito, ele veio a triunfar em 1945.

Desde aí, o controle de constitucionalidade e seus instrumentos, ou seja, a jurisdição constitucional, paulatinamente, vai deixando de ser vista como uma excentricidade estadunidense. E, numa das maiores revoluções da história do direito continental, torna-se o centro vivo da nova concepção do sistema constitucional.<sup>6</sup>

## 7. 2. Cinco desafios do constitucionalismo da terceira fase

O constitucionalismo do segundo pós-guerra, liderado pela Constituição Alemã de 1949, retomou a linha de evolução do constitucionalismo racionalizado, democrático e ideologicamente pluralista, da República de Weimar. Entretanto, introduziu profundas alterações e adições importantíssimas, para enfrentar cinco grandes desafios.

O primeiro corresponde ao imperativo de colocar, antes e acima de qualquer outra exigência da ordem jurídica, a proteção da dignidade existencial da pessoa humana. As violações horrendas infligidas a milhões pelos regimes totalitários, na primeira metade do século passado, mostraram até onde podem chegar os detentores do poder quando perdem a consciência da dignidade de cada ser humano, como o mais elevado valor do mundo natural. A selvageria brutal, praticada em um continente que se jactava de cultura e civilização, derrubou as belas construções racionalistas na qual assentara o direito.<sup>7</sup> O direito, a começar pelo constitucional, não pode ser distanciado do contato imediato com a dignidade real da pessoa humana. Pelo contrário: é nela que deve fincar seu ponto de partida; é para ela que deve convergir todo seu dinamismo. Por isso o direito constitucional vem assumindo expressamente, como fundamento e como finalidade, a dignidade da pessoa humana,<sup>8</sup> no sentido profundo que a expressão conserva na tradição filosófica ocidental. Esse reconhecimento, por si só, implicou consequências de grande alcance: reforçou o compromisso da Constituição com os direitos fundamentais, mormente os direitos-liberdades; reconciliou a distribuição territorial do poder com o princípio da subsidiariedade; e abriu a Constituição para uma ordem objetiva e transcendente de valores.

Vencido o antecedente, surge um segundo desafio: como compatibilizar a assunção expressa dos valores ligados à dignidade da pessoa humana com o princípio fundamental do respeito ao pluralismo ideológico e político? A questão é mais complexa do que parece à primeira vista. O pluralismo não supõe, necessariamente, uma atitude cética quanto a valores objetivos e transcendentais? O problema foi vivido na Alemanha de Weimar: Weber e Kelsen optaram pelo pluralismo democrático, relegando os valores ao relativismo da subjetividade de cada um; Schmitt optou por valores, à custa do pluralismo,

enveredando para posições autoritárias. <sup>9</sup> Valores transcendentais e pluralismo democrático são plenamente conciliáveis, desde que os valores sejam abertos ao universal da pessoa humana e o pluralismo democrático reconheça limites legítimos e razoáveis. Entretanto, essa harmonização não se viabiliza sem técnicas, instrumentos e instituições. O constitucionalismo contemporâneo vai processar essa tensão articulando os três planos de fins da sociedade política e de seus correspondentes planos de direção política:

(a) o plano abstrato, genérico e mediato, das instituições que cuidam dos *objetivos de Estado*, vale dizer, do consenso em torno dos valores da democracia, universais e comuns a todos (liberdade, igualdade, justiça, segurança e desenvolvimento), que requer neutralidade partidária e compromisso com a democracia;

(b) o plano concreto, específico e imediato dos órgãos que tocam o funcionamento ordinário dos serviços públicos (os *objetivos da Administração*), que requerem profissionalismo, continuidade, competência técnica, imparcialidade e apartidariedade; <sup>10</sup> e

(c) o plano ideológico intermédio, em que operam partidos políticos, governo e oposição (os *objetivos de Governo*), os quais, recorrendo necessariamente às ideologias políticas, cumprem a tarefa de mediação, inevitavelmente conflitiva, polêmica e polarizante, entre os objetivos mais próximos e os objetivos últimos da política.

O terceiro grande desafio está na adequada, razoável e equilibrada composição, em nossos dias, das duas perenes funções do direito constitucional: de um lado, instrumentar o eficaz funcionamento dos poderes públicos na realização de seus fins (*governabilidade*); e, de outro, limitar os poderes públicos frente à sociedade e aos indivíduos, para que não abusem do poder de mando, menos ainda, violem os direitos fundamentais (*limitação do poder*). <sup>11</sup> Não é desconhecida, na História, mesmo em países democráticos, a autoridade de plenos poderes. Nessa, o poder dos governantes, inclusive quando maiorias parlamentares, concentra-se de tal forma que, em nome da eficácia governamental, violentam-se direitos fundamentais de indivíduos e de setores da sociedade (*ultragovernabilidade*). No outro extremo, há países tão preocupados com limitar o poder, que vivem mergulhados em *impasses* institucionais resultantes de uma separação paralisante dos órgãos políticos da soberania (*ingovernabilidade*). <sup>12</sup> O constitucionalismo contemporâneo busca também, institucionalmente, enfrentar esse desafio.

Um quarto desafio à ordem constitucional apresenta-se, cada vez maior, no terreno dos direitos fundamentais. Inúmeras são as questões que pedem resposta. Assim, a conhecida tensão entre direitos-liberdades e direitos sociais, que traduz geralmente um conflito entre o princípio da livre iniciativa privada e o princípio da subsidiariedade da ação do Estado em sua projeção econômica e social. No âmbito mesmo das liberdades, a possibilidade de contraposição entre direitos não tem cessado de crescer em número e em intensidade. Difícil também é discernir os limites da lei quando, em nome de alguma necessidade ditada pelo bem comum, há que limitar o âmbito de exercício de alguma liberdade. Ademais, têm se multiplicado os esforços de identificação de novas liberdades e de novos direitos sociais, que se entendem implícitos na cláusula da dignidade da pessoa humana. Todos esses temas exigem tratamento caso a caso, na aplicação de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

Indicamos, para concluir, um último desafio, de altíssima densidade política. É possível ao direito constitucional conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia - em muitas constituições objeto de cláusula(s) de inabolibilidade - com o inexorável evoluir histórico, que traz junto a evolução dos próprios valores ou, pelo menos, de sua

compreensão? Pode-se hoje aposentar a revolução-ruptura, comissionando, de alguma forma, uma função constituinte a um órgão constitucional independente do poder deliberativo? Ou estaremos condenados à petrificação de normas constitucionais e, por meio delas, à petrificação de valores, legitimando-se, dessarte, o apelo à ruptura dos procedimentos constitucionais?

Sustentamos que a Constituição vem recebendo da sociedade, nos últimos cinquenta anos, a missão de encarnar a essência mesma da juridicidade, para reinar suprema sobre o Estado e o convívio social. Não se trata, mais, simplesmente, da supremacia de *puros comandos de vontade* pretensamente contidos nas disposições do texto constitucional, arbitrariamente substituíveis por outros. A supremacia da Constituição importa uma prevalência última dos valores supremos da razoabilidade jurídica, radicados na dignidade perene da pessoa, suscetíveis a um processo de descoberta e concretização ao longo da História dos povos. Essa parece ser a última etapa da supremacia do Direito, que a nova doutrina alemã vem chamando de *V erfassungsstaat*.

### 7.3. O Tribunal Constitucional como resposta aos desafios

O Tribunal Constitucional foi a instituição inventada no século XX para justamente atender os desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar. Com a evolução do segundo pós-guerra, no sentido de uma Constituição de valores mínimos, esse Tribunal triunfa definitivamente. É a marca registrada do tipo de Estado Social que se estabeleceu na Europa Ocidental nos últimos cinquenta anos. O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sociopolítico.

Começando pela síntese de todos os desafios, sem uma jurisdição constitucional, da qual o Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído, não há falar em supremacia do direito, menos ainda em controle de constitucionalidade, nem, rigorosamente, em verdadeiro direito constitucional.<sup>13</sup> Mais, o Tribunal Constitucional, assumindo explicitamente sua natureza política,<sup>14</sup> está viabilizando e conduzindo, diante de nosso olhar atônito de juristas mais maduros, neste momento da evolução da Supremacia do Direito, o delicadíssimo trânsito do *Rechtsstaat* para o *Verfassungsstaat*.<sup>15</sup> É a cultura jurídica ocidental em seu supremo esforço de aproximar, quase identificando, a axiologia da Constituição com o essencial da axiologia jurídica, incessantemente renovada no filosofar cotidiano do direito enquanto experiência concreta da razão prática. Estamos cada vez mais convencidos: sem Tribunal Constitucional especializado e concentrador da jurisdição constitucional não seria possível o *Verfassungsstaat*. Dizendo de outra forma, a tentativa de implantá-lo num sistema difuso de controle de constitucionalidade destruiria, por sobreposição política, a juridicidade do poder judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito.<sup>16</sup>

Em segundo lugar, sem Constituição escrita, rígida e com técnicas de controle de constitucionalidade, não há como proteger, jurídica e eficazmente, a dignidade da pessoa humana que, desde 1945, as Constituições Ocidentais vêm assumindo como valor solar. Na proteção jurisdicional da dignidade da pessoa humana emergem aspectos de alto teor de politicidade, capazes de por em cheque o direito legislado de uma forma muito funda. Essa função jurisdicional alargada não se coaduna com o poder judiciário, máxime na via do controle difuso, pois importaria uma politização tão dramática da vida jurídica que inviabilizaria a estabilidade das instituições democráticas. O Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentradora do controle de constitucionalidade, permite efetivar a proteção jurídica da dignidade humana, sem os riscos de politizar insuportavelmente a instância judicial ordinária.

Em terceiro lugar, só um Tribunal Constitucional, como órgão de poder independente, tem condições de jurisdicionalmente garantir o pluralismo político e, ao mesmo tempo, delinear seus limites legítimos diante dos valores do regime democrático. Ademais o Tribunal Constitucional é também o único órgão apto a velar pelas autonomias legítimas e arbitrar os conflitos, na interação entre os objetivos próprios de Estado, de Governo e de Administração.<sup>17</sup>

Em quarto lugar, o equilíbrio entre governabilidade e separação de poderes é uma das questões centrais do constitucionalismo desde as revoluções liberais e está inextricavelmente ligada às relações entre o poder deliberante e o poder governamental. Benjamin Constant, no século XIX, com a sua tetrapartição de poderes, fazia do poder remanescente de última instância, conscientemente, *'le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs'*. No século XX a arbitragem do jogo político tornou-se extremamente complexa. As questões constitucionais tornaram-se muito técnicas e a legitimidade de suas decisões mais exigente. O chefe de Estado tradicional, além de ser uma cabeça só, não é um *expert* em direito constitucional, carece de tirocínio na arte de julgar, nem atua em conselho e decide por acórdão (o que alivia o peso individual da responsabilidade e aumenta a legitimidade do resultado). O Tribunal Constitucional veio para responder a essa necessidade: de um lado, solucionando situações de conflito que produzem paralisia governamental; de outro, oferecendo um contrapeso ao excessivo poder de um governo apoiado numa maioria parlamentar irresistível.<sup>18</sup>

Enfim, a mais visível das necessidades que o Tribunal Constitucional satisfaz: a proteção dos direitos fundamentais existentes, a sintonia fina do equilíbrio prudencial que devem guardar entre si, bem assim a revelação de novos aspectos do direito genérico à liberdade ou de novas exigências sociais da existência humana digna. O Tribunal Constitucional decide por meio de fixação de orientações normativas que são vinculantes para todos os poderes políticos, a começar pelo poder judiciário.

#### 7. 4. Origem e doutrina do Tribunal Constitucional

Hans Kelsen (1883-1970) é o idealizador e o primeiro doutrinador da instituição *Tribunal Constitucional*. A Constituição - concebida como o conjunto normativo supremo, no ápice da estrutura jurídica, à qual todas as demais normas devem conformar-se, formal e materialmente - e um Tribunal Constitucional para garantir essa supremacia são os dois corolários principais de sua visão piramidal e escalonada do ordenamento jurídico.

Vivendo em Estado composto, inspirou-se, ao que tudo indica, no antigo Tribunal do Império Austro-Húngaro e em ideia expressa por Jellinek, em 1885, que sugere o possível desenvolvimento de uma justiça constitucional nos Estados federais.<sup>19</sup> Como todos os europeus cultos, sabia que a Suprema Corte americana não podia ser importada. Era uma singularidade que só podia operar na realidade sócio-histórica das instituições (a começar pelas judiciais) próprias de *common law*.<sup>20</sup> A genialidade de Kelsen foi ter inventado, no projeto da Constituição Austríaca de 01.10.1920, um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura jurídica romano-germânica, em que um Tribunal especializado, concentrava, em abstrato, a fiscalização constitucional, circunscrita, inicial e cautelosamente, às lides intrafederativas.<sup>21</sup> Kelsen também traduziu, em termos jurídico-constitucionais, muitos dos novos institutos do Estado Social racionalizado do Século XX e a teoria - que já vinha se impondo pela realidade dos fatos políticos - da *democracia pelos partidos*. Julgamos que a maior contribuição de Kelsen à civilização ocidental não está na filosofia, nem na teoria do Direito, mas na arquitetura constitucional por ele imaginada. Kelsen foi o Montesquieu do século XX. Representa, para o Estado Social vigente, o que o nobre francês representou para o Estado Liberal.<sup>22</sup>

Presente à Reunião dos Professores Alemães de Direito Público de 1928, Kelsen apresentou um trabalho, depois readaptado e traduzido para o francês e, mais recentemente, para o italiano, que veio a se tornar clássico. Nele, o Tribunal Constitucional - além de fundar a supremacia jurídica da Constituição - objetivaria: em prol da *federação*, garantir a autonomia das entidades membros e a harmonia de suas relações recíprocas; e, em prol da *democracia*, à "*proteção eficaz da minoria contra a maioria avassaladora, cujo domínio só é suportável na medida em que se exerce juridicamente*".<sup>23</sup>

No final de 1929, uma reforma quase fascista da Constituição Austríaca dispôs que a eleição dos membros do Tribunal Constitucional corresponderia diretamente ao poder governamental. Os juízes vitalícios - entre eles Kelsen - foram excluídos de seus cargos em 1930.<sup>24</sup> Era o avanço das ideias autoritárias e totalitárias que iriam eliminar, durante um período da História da Europa, a ideia do Tribunal Constitucional.

Contra a tese kelseniana do Tribunal Constitucional como guarda da Constituição, Carl Schmitt lançou, em 1931, *A defesa da Constituição*, no momento em que se decidia a sorte da democracia de Weimar. No mesmo ano, Kelsen rebateu-o no livrinho *Quem deve ser o defensor da Constituição?*

Os dois grandes nomes do direito público germânico concordavam em que a realidade política ocidental do século XX (divisão ideológica da sociedade, governo intervencionista e política de partidos) exigia um defensor da Constituição. O alemão, porém, entendia que essa função deveria caber exclusivamente ao chefe de Estado da Constituição de Weimar, inclusive porque eleito diretamente pelo povo inteiro. Comissionar essa função a um Tribunal Constitucional implicaria em politização do poder judiciário, que destruiria o Estado de Direito.<sup>25</sup> O austríaco replicou convincentemente e com brilho. Primeiramente, nada impede que, de alguma forma, o chefe de Estado possa agir como defensor da Constituição: Kelsen não concorda é que seja o único. Segundo - este o ponto chave que basta para derrubar as objeções de Schmitt - o Tribunal Constitucional não deve integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes. Terceiro, Kelsen não vê diferença de natureza entre legislação e aplicação do direito. Não seria, pois, absurdo denominar a função desse Tribunal de *jurisdição*. E contra-ataca de forma letal e profética: o que realmente destruirá a democracia é entregar os elevados poderes de defender a Constituição a um chefe de Estado que, pelo menos na prática da Constituição de Weimar, nada mais tem de poder neutro, pois, cada vez mais, domina a política da República, inclusive o seu poder governamental.<sup>26</sup>

A Lei Fundamental de 1949 (arts. 92-94) criou o Tribunal Constitucional que se tornou modelo no Ocidente, remetendo à lei (publicada a 16.04.1951) o regramento de sua organização e de seu funcionamento.<sup>27</sup>

O art. 92 da Lei Fundamental, apesar de mencioná-lo à frente dos Tribunais Federais e de dotá-lo de amplas competências, deixou em aberto seu *status*. A Lei de regência esclareceu, em seu § 1.º, que se trata de um tribunal autônomo e independente diante de todos os demais órgãos constitucionais. Entretanto, como bem observa Helmut Simon:

"... o status e a igualdade de nível relativamente ao Presidente Federal, ao Bundestag, ao Bundesrat e ao Governo Federal não era evidente na prática da vida pública durante os primeiros anos. Foi necessária uma declaração do Pleno, em 1952, para caracterizar o Tribunal como o guarda supremo da Constituição e o órgão constitucional dotado da máxima autoridade."<sup>28</sup>

A partir dessa declaração de 1952, do próprio Tribunal Constitucional, ninguém mais

questionou esse *status*. O órgão vem sendo reconhecido, no sistema de governo alemão, como um autêntico poder político, no quadro dos poderes políticos constitucionais, apelidado de "quarto poder", "legislador complementar", "parlamento de notáveis", "gabinete na sombra", "instância suprema de revisão", "juiz soberano" ou "contracapitão".<sup>29</sup>

A Constituição Espanhola de 1978 tomou, como ponto de partida, o último momento da evolução do Tribunal Constitucional alemão. Na ordem de seus dez Títulos, seguindo-se aos poderes políticos, a saber, *Coroa* (II), *Cortes Gerais* (III), *Governo e à Administração* (IV) e *Poder Judicial* (VI), aparece o Título IX (penúltimo), reservado ao *Tribunal Constitucional*. O art. 1.º da Lei Orgânica desse último define-o como *intérprete supremo da Constituição* e o declara *independente dos demais órgãos constitucionais, submetido somente à Constituição e à Lei Orgânica*.<sup>30</sup>

### 7. 5. O Tribunal Constitucional como poder político

O Tribunal Constitucional do constitucionalismo ocidental de nossos dias é espécie do gênero *poder político do Estado*, que Enterría, seguindo os italianos, denomina de órgão constitucional em sentido estrito, como a chefia de Estado, o Governo, a Administração, o Parlamento e o Judiciário.

Não só na Alemanha e na Espanha, como já vimos, o Tribunal Constitucional é visto hoje como um poder político do Estado, o *poder corrector*.<sup>31</sup> Os grandes constitucionalistas apontam como traço essencial do Tribunal Constitucional - que o distingue, por exemplo, dos tribunais supremos do Poder Judiciário - o formar ele próprio, em si, um poder político independente dos demais poderes.<sup>32</sup>

Questão difícil é determinar a natureza das funções que o Tribunal Constitucional exerce. Os autores convergem e divergem quanto a esse ponto. Para grande número - especialmente entre os espanhóis - o Tribunal Constitucional desempenha função jurisdicional, em nível distinto, é verdade, daquela cumprida pelo poder judiciário, mas, de qualquer modo, jurisdicional. Aliás, o uso já consagrou irreversivelmente a expressão *jurisdição constitucional*.<sup>33</sup> Para outros, a começar pelo próprio Kelsen, o Tribunal é um legislador negativo. Escritos mais novos enxergam já no Tribunal uma função legislativa positiva.<sup>34</sup> Alguns, ainda, sublinham a função política do Tribunal Constitucional na defesa da Constituição e na renovação do consenso fundamental que a sustenta.<sup>35</sup> Enfim, a quase totalidade conclui por uma forma ou outra de combinação entre essas funções.

Buscando uma visão de síntese e considerando a experiência ocidental comum, sustentamos que as competências do Tribunal Constitucional integram-se em funções, pensáveis em três perspectivas: a material, a instrumental e a formal. Esse o tema dos dois próximos itens.

### 7. 6. Natureza material das funções do Tribunal Constitucional

Quanto à sua materialidade, a atuação do Tribunal Constitucional insere-se no que estamos denominando de *função política de última instância*,<sup>36</sup> ou de *nível 'fundamental'*, na qual se incluem, em primeiro lugar, as competências do chefe de Estado. Esses dois órgãos de inserção constitucional agem no plano dos fins últimos do Estado e da política, que se encarnam, como valores supremos, nas normas da Constituição, e que se sustentam no *consenso* suprapartidário e supraideológico das forças políticas.

Só se entendem bem as ditas funções políticas de nível fundamental comparando-as às

funções políticas de *nível ordinário*,<sup>37</sup> com suas duas subespécies. Para tanto necessitamos de dois parágrafos.

Parlamento e Governo respondem às divisões partidárias e ideológicas, no plano dos fins de endereço político 'governamental'. Já o Poder Judicial, no sistema romano germânico, cumpre fielmente o direito posto pelo Parlamento. E a Administração executa a legislação, bem assim as políticas públicas determinadas pelo Governo. Esses dois últimos, em *nível 'concreto'*, lidam com os fins imediatos e concretos da política de todos os dias. A qualidade pelas quais devem primar é a da *imparcialidade*.<sup>38</sup> Todos esses quatro poderes, também órgãos de inserção constitucional, têm algo de comum: os fins do Estado e da política que buscam realizar, embora partindo Constituição, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional.

Parlamento e Governo operam com os difíceis fins de '*nível intermediário*': articulam, conjugam e movimentam os objetivos urgentes e imediatos, tendo em vista os objetivos últimos do Estado e da política. Essa intermediação só é possível porque a política, nesse terreno fluido, dispõe de ideologias próprias<sup>39</sup> ( *grosso modo* a conservadora e a progressista, manejadas pelos partidos), com força para, dialeticamente, agregar e desagregar. Na área política de *dissenso*, as ideologias políticas têm, de um lado, a virtude de forjar maiorias, à custa, dialeticamente, de divisões, conflitos e polêmicas com as minorias.

Retornando à função de última instância, observa-se que, até a fase da pentapartição dos poderes, inclusive, ela se concentrava inteira no chefe de Estado, inclusive no tocante à defesa da Constituição e, se democrática, do consenso que a sustentasse. A posição apaixonada de Schmitt em favor do chefe de Estado como único defensor da Constituição amparava-se na história pregressa da divisão dos poderes. Nesse ponto, Schmitt tinha razão.<sup>40</sup> Entretanto, a revolução da Constituição normativa (máxime com a posterior recepção de valores mínimos), ao exigir a supremacia garantida do texto escrito, inviabilizou o chefe de Estado como guarda jurídico dessa Constituição. Schmitt não pôde - ou não quis - ver.

Com efeito, o novel desdobramento da função de última instância não é tarefa para um órgão unipessoal, ocupado por um leigo em assuntos jurídicos, assoberbado de atividades políticas as mais diversas. A evolução cobra solução nova: um órgão colegiado (um 'tribunal'), exclusivamente voltado para a tarefa, formado por pessoas cuidadosamente selecionadas (levando em conta a formação jurídica e a legitimidade social dos valores), dominando técnicas jurídicas adequadas.<sup>41</sup>

Em síntese, na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição dos poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o instrumento que *presenta* a unidade da sociedade (acima das diversidades internas de qualquer cunho), e que *expressa* o consenso<sup>42</sup> democrático, generoso e includente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo.

Nessa natureza funcional material de última instância podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição;<sup>43</sup> (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário,<sup>44</sup> tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento,<sup>45</sup> quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da

civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial;<sup>46</sup> e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.

### 7. 7. *Natureza instrumental e natureza formal de suas funções*

O Tribunal Constitucional opera por meio de técnicas jurídicas próprias de jurisdição. *Instrumentalmente*, a função por ele desempenhada é de *natureza jurisdicional*. Assim, o Tribunal carece de iniciativa própria, só se pronunciando por instância de legitimados. Utiliza-se de todos os recursos da hermenêutica jurídica. Curva-se às exigências do processo jurídico devido. Manifesta-se por meio de acórdãos e tem de justificar todas as decisões.<sup>47</sup>

Enfim, o Tribunal constitucional cria direito.<sup>48</sup> A forma do 'produto final' de sua atividade é legislativa, inicialmente negativa, mas, atualmente, também positiva. Portanto, na *forma* de sua ação sobre o ordenamento jurídico, a função do Tribunal Constitucional é de *natureza legislativa*. Suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram matéria de fato concreto. Em consequência, a eficácia subjetiva das decisões é, em princípio, *erga omnes* e *ex tunc*, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo, da Administração e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento.

Em suma, entendemos que o Tribunal Constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa.<sup>49</sup>

### 7. 8. *Hexapartição: a nova separação dos poderes*

O poder político remanescente de última instância, com o constitucionalismo de 1945, experimentou mais uma especialização. A função de guardar a Constituição e a ordem democrática nela instituída - função de última instância, enquadrável na órbita da chefia de Estado - não podia ser exercida pelo chefe de Estado tradicional. O Estatuto Jurídico Fundamental tornou-se complexo, técnico, sofisticado. O cuidado pela legitimidade de exercício dessa delicada função impunha cautelas adicionais. Essas necessidades reclamavam, naturalmente, a técnica jurisdicional.

Como já referimos, não era tarefa para órgão unipessoal, ocupado por leigo em direito, abarbadado de atividades políticas. A solução natural foi comissionar a nova especialização a um tribunal específico e exclusivo, composto de pessoas com formação jurídica e legitimidade social, para atuar consoante a técnicas jurisdicionais adequadas.<sup>50</sup> Assim, o Tribunal Constitucional entra na história da evolução da divisão dos poderes, nesta última fase, como o sexto poder.

Cada nova etapa da especialização, que a história da divisão dos poderes vai produzindo, rearranja o quadro inteiro dos órgãos constitucionais em sentido estrito. A criação do sexto poder afetou, também, as relações entre os órgãos políticos. Principalmente, institucionalizou-se, no direito do Estado, a diferença entre os três níveis que os poderes ocupam na organização jus-constitucional, tendo em vista os domínios da teleologia política.

O chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente, atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia

diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional.

Os quatro poderes que atuam no nível infraconstitucional operam, por sua vez, em dois espaços distintos. O Poder Judicial e a Administração atuam no domínio dos fins próximos e urgentes do *público*, em suas relações diretas com a sociedade. Ao Parlamento e ao Governo pertence o domínio intermediário, que ordena, articula e conjuga os fins concretos e urgentes entre si e em relação aos fins últimos (e abstratos) do Estado. Essa intermediação reclama uma pauta de ordenação e conjugação, marcada, em maior ou menor grau, por sentimentos, interesses e pré-compreensões, que denominamos de *ideologia política*. Por isso, a esfera de atuação governamental carrega um caráter político-partidário-ideológico, que não deveria contagiar os dois outros domínios. O domínio fundamental há de ter *neutralidade* (imparcialidade na ação + suprapartidariedade dos fins). Ao domínio concreto basta (embora vital) a *imparcialidade* na ação, pois as leis e as políticas públicas que aplicam e executam, necessariamente, veiculam as inclinações ideológicas da maioria parlamentar e do governo do dia.

A conformação geral da divisão dos poderes deixa um espaço bastante amplo à microdefinição, em cada realidade política nacional, das competências específicas de cada poder político (extensão do poder do chefe de Estado e a do poder governamental, por exemplo). Essas podem variar, de país a país, em razão de fatores os mais diversos, desde os culturais profundos, aos conjunturais mais superficiais. E não têm a importância que a ciência política *duvergeriana* costumava lhes atribuir. <sup>51</sup>

O que importa gizar é que a nova função de Tribunal Constitucional não pode ser atribuída a nenhum dos outros cinco poderes. Ao chefe de Estado, pelas razões já expostas e pelas aduzidas por Kelsen na polêmica com Schmitt. Nem ao Governo, que viraria um superpoder partidário-ideológico, totalmente incompatível com a jurisdição. Nem também ao Parlamento, pois inviabilizaria o controle da constitucionalidade das leis. À Administração, essa atribuição seria impensável.

Quanto à atribuição da função de Tribunal Constitucional ao Poder Judicial, Kelsen e Schmitt aqui concordavam: <sup>52</sup> implicaria uma *politização* ruínosa ao Estado de Direito e ao poder judiciário. <sup>53</sup> Este estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Governo. Conforme nossa tese, importaria em quebrar o sentido limitativo, essencial ao Estado de Direito, da estruturação da organização política em níveis. Um poder, o Judicial, participaria, ao mesmo tempo, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional).

A *hexapartição* dos poderes, como praticada na Alemanha e na Espanha, entre tantos países, é apresentada por Bruce Ackerman <sup>54</sup> como *the new separation of powers* e defendida como o agenciamento mais adequado - superior ao americano e, até mesmo, ao inglês - à luz de três critérios, a saber, legitimidade democrática, especialização das funções políticas e salvaguarda dos direitos fundamentais. Ackerman vai mais longe. Sustenta que a especialização dos poderes deve continuar, indicando mais quatro órgãos que deveriam receber institucionalização constitucional e independência: (a) um poder para supervisionar o que estamos denominando no Brasil de moralidade ou proibidade administrativa (*the integrity branch*); (b) um poder para cuidar da ação regulatória dos interesses que, no País, adjetivamos de difusos (*the regulatory branch*); (c) um poder para presidir o jogo político-eleitoral, que entre nós é competência da Justiça Eleitoral (*the democracy branch*); e (d) um poder para formular e executar, com imparcialidade

partidária, políticas sociais básicas (*the distributive justice branch*).<sup>55</sup>

Sem entrar no mérito das antecipações desse Autor, que são discutíveis, a verdade é que a evolução da divisão dos poderes não para aqui. Ela avança não só na perspectiva interna, mas também rumo ao horizonte das relações políticas externas. As novas formas de unidade política, como a Europeia, têm levado os constitucionalistas a falar de um *poder comunitário*, que coloca novos desafios ao trançado dos poderes políticos de cada Estado nacional.<sup>56</sup>

### 7. 9. Tribunal Constitucional e sistema de governo

Os autores mostram que o Tribunal Constitucional é incompatível com *sistemas de governo executivistas*, isto é, aqueles adotam a tripartição clássica dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, fusionando, no primeiro, as funções política de chefia de Estado, Governo moderno e Administração).<sup>57</sup>

Há uma razão óbvia: o Tribunal Constitucional é, essencialmente, um poder político distinto dos demais poderes. Sua adoção, numa ordem constitucional, implicaria *ipso facto* o fim do executivismo, com a tripartição sendo substituída, pelo menos, por uma tetrapartição de poderes, caracterizando novo sistema de governo.<sup>58</sup> Mas ainda há outras ponderações.

Primeiramente, a continuidade da cumulação de Estado, Governo e Administração no mesmo órgão - funcional nas primeiras décadas do século XVIII - decretou, no ambiente conflitado do século XX, a impossibilidade de uma área político-partidária neutra, acima do nível governamental ideológico, onde se pudesse construir um consenso em torno dos valores fundamentais do regime democrático, mormente nos países em que inexistente, naturalmente, ao nível fático da sociedade, um consenso social pela ordem econômica de mercado.<sup>59</sup> Essa área neutra precisa existir antes da fundação do Tribunal Constitucional ou ser aberta, pelo menos, concomitantemente à sua fundação. O papel mais importante do Tribunal é, justamente, o de defender e renovar essa área de consenso. Ora, a abertura dessa área neutra depende necessariamente, pelo menos, da separação entre Estado e Governo, vale dizer, da destrição entre os fins últimos mais genéricos do Estado e os fins intermédios partidários e ideológicos de governo. Sem isso não haverá espaço, nem função, para um verdadeiro Tribunal Constitucional.

Segundo, onde não haja uma arraigada cultura de consenso, ou, pelo menos, o espaço institucional adequado de que estamos falando, como superar a dificuldade de uma escolha legitimamente aceita dos integrantes desse Tribunal, por toda a sociedade?<sup>60</sup>

Terceiro, um Governo, cumulando a chefia de Estado, a qual necessariamente envolve a possibilidade de apelo a algumas atribuições de última instância, não poderá evitar colisões com o Tribunal Constitucional, pois esse também atua na área de última instância. Num sistema de três poderes, em que o Executivo cumula Estado, Governo e Administração, a simples agregação de um Tribunal Constitucional tenderá a agravar a situação de impasse entre os poderes, que já tivemos a oportunidade de examinar.

No caso, a alternativa funcionalmente mais consistente seria, ao criar o Tribunal Constitucional, conferir ao colegiado, ou ao seu presidente, as atribuições de chefe de Estado, deixando ao Governo exclusivamente as funções governamentais. Entretanto, a fórmula carece de praticidade e, de qualquer forma, estaria mudando o sistema de governo para um governamentalismo *sui generis*.

Na verdade, o Tribunal Constitucional coroa uma longa, bela e rica evolução histórica

da divisão dos poderes, como tentamos mostrar no curso dessas páginas. Ele pressupõe um desdobramento e uma maturação anterior. Atua, em relação aos órgãos políticos independentes, como fecho de abóbada, mediante técnica jurisdicional, para a proteção e concreção da Constituição, instrumento jurídico fundamental que sustenta todo o sistema político e o regime democrático.

O sistema de governo que corresponde à hexapartição de poderes foi crismado por Bruce Ackerman de *constrained parliamentarianism*.<sup>61</sup> Nós, na linha da tese que esboçamos, preferimos a denominação de *governamentalismo com tribunal constitucional*, o projeto mais moderno, mais eficiente e mais equilibrado que a arquitetura constitucional poderia oferecer, em nossos dias, aos Estados que, como o Brasil, não conseguem vencer a crise institucional endêmica que os corrompe.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Por todos, ver JELLINEK, G. Op. cit., p. 383.

2

Em um sentido geral, o direito constitucional é e sempre será um direito eminentemente político, porque seu conteúdo é político e, sua razão de ser, fundar e regular a ordem política.

3

A única exceção nesse período, no Ocidente, foi o direito constitucional norte-americano. Lá a tradição do *common law*, com o instituto do judicial *review*, recepcionando o instrumento escrito da Constituição, firmou, pelo menos desde o caso *Marbury vs. Madison*, o princípio da supremacia do Estatuto Constitucional sobre as leis e o direito de nível ordinário. Mesmo assim, não se exagere a importância do controle de constitucionalidade nesse país, que só adquiriu expressão prática efetiva no século XX. Por todos, ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* cit., p. 50-55.

4

A primeira obra de importância de Kelsen foi *Allgemeine Staatslehre*, de 1925, onde propõe em traços gerais uma teoria pura do Estado. A teoria pura do direito será escrita posteriormente,

duas edições alemãs, em 1934 e 1960.

---

5

Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. Cap. V, p. 267-374.

---

6

Declarou certa vez Rivero: "(Faz pouco tempo) ...o controle de constitucionalidade das leis era (...) uma especialidade americana. Hoje, porém, consideramos natural estudar 'a proteção dos direitos fundamentais pelos Tribunais Constitucionais europeus'. É uma revolução." In: FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 149-150.

---

7

"Antes de tudo, as terríveis lições das experiências nazifascista encontram-se na fonte mesma da criação dos Tribunais Constitucionais na Alemanha e Itália, e no restabelecimento do Tribunal austríaco."(FAVOREU. Op. cit., p. 25). No mesmo sentido: Javier PEREZ ROYO. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 40 e 41.

---

8

Ver as seguintes constituições: alemã, art. 1.º, 1.; italiana, art. 3.º, 2.ª parte; francesa, Preâmbulo de 1946; art. 3.º; portuguesa, art. 1.º; espanhola, art. 10, 1.; brasileira, art. 1.º, III.

---

9

Consultar *Estudio Preliminar* de Manuel Aragón. In: SCHMITT, Carl. *Sobre el Parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1919. p. XXII a XXVIII; Estévez ARAUJO, Jose. *La Crisis Del Estado de Derecho Liberal*. Madrid: Ariel, 1989; KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la Democracia*. México: Ed. Nacional, 1974.

---

10

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. Constituição de 1988, art. 37.

---

11

Ninguém melhor que M. G. Ferreira Filho tratou do tema entre nós ( *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995).

---

12

Sobre o assunto, é hoje fundamental o artigo desafiador e seminal de ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*. vol. 113. p. 634-729. January 2000.

---

13

Sem controle de constitucionalidade não há direito constitucional, mas direito político.

---

14

Que analisaremos mais abaixo e é o cerne da tese que aqui defendemos.

---

15

Ver GROTE, Rainer. Rule of Law, État de Droit and Rechtsstaat. V Congresso da Associação Internacional de Direito Constitucional. Roterdan University, 12 a 16.07.1999.

---

16

É nesse sentido que podemos compreender as preocupações de Schmitt com o poder judiciário assumindo a defesa da Constituição (Op. cit., p. 50-63). Entierria, que sabe o que diz, aponta os riscos - e 'riscos consideráveis' - da Justiça Constitucional, "una innovación profunda y radical en nuestro sistema jurídico, una innovación como pocas ha conocido tan importantes nuestra historia del Derecho" (*La Constitución* cit., p. 157 e ss.).

---

17

"Nas situações críticas (o Tribunal Constitucional) longe de levar a situações críticas, contribui poderosamente para sua pacificação. É um instrumento incomparável de 'paz jurídica' e de renovação dos 'consensos fundamentais', que são os que sustém a Constituição." (...) Uma Constituição sem Tribunal Constitucional, que imponha sua interpretação e a efetividade da mesma nos casos questionados, é uma Constituição ferida de morte, que liga sua sorte à do partido no poder, que impõe, nesses casos, por simples prevalência fática, a interpretação que nesse momento lhe convém. A Constituição passa a ser instrumentalizada politicamente por grupos ou partidos uns frente aos outros. O conflito constitucional converte-se então numa fratura irreparável do consenso básico que a Constituição está chamada a assegurar, e a resolução desse conflito fica remetida, desde esse momento, a ajustes constitucionais sucessivos, a câmbios constituintes constantes." (ENTERRÍA. *Constitución...* cit., p. 195-196)

---

18

Bruce Ackerman deixa bem claro: "This initial separation of power engenders another. We will require a *constitutional court* do make the principles enacted by the people into operational realites. Without the institution of judicial review, the reigning parliamentary majority will have overwhelming incentives to ignore prior acts of popular sovereignty whenever it is convenient.

This result will only generate cynicism about the very possibility that the people can give marching orders to their governmental representatives and expect these representatives to obey them. Only a strong *constitutional court* can serve this function." (Op. cit., p. 668-669).

---

19

V. LA PERGOLA, Antonio. Premessa. KELSEN, HANS. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. VII/VIII. A referência a Jellinek está também em Machado Horta, num precioso histórico do Tribunal Constitucional ( *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey 1999. p. 149 e ss.).

---

20

Ver as notáveis observações de Schmitt ( *La defensa* cit., p. 21-24).

---

21

A rigor, a Constituição tchecoslovaca de 29.02.1920 foi a primeira a criar um Tribunal Constitucional para controle de constitucionalidade concentrado (embora limitado, na prática, às leis emanadas da autonomia territorial rutena). Cf. VILLALON, Pedro Cruz. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 286-288.

---

22

"Probablemente desde Montesquieu no ha existido un autor tan ligado a una teoría constitucional, como Kelsen a la formulación de la Justicia Constitucional como legislador negativo." (AJA, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Madrid: Ariel, 1998, Prólogo, p. XVIII. Sobre democracia pelos partidos em KELSEN, FERREIRA F. *A democracia no limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. Cap. 2.º.

---

23

E, justificando esse ponto, Kelsen acrescenta: "Se se considera que a essência da democracia reside, não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos que maioria e minoria representam no parlamento, a favor da paz social, então a Justiça constitucional é um instrumento especialmente apropriado para realizar essa função". A simples ameaça de recorrer ao Tribunal Constitucional pode constituir, nas mãos da minoria, o meio idôneo para impedir a ditadura da maioria. (La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: KELSEN, H. *La Giustizia* cit., p. 202 e ss, trad. italiana do texto francês). Todos os trabalhos de Kelsen, sobre a matéria, com suas fontes, estão indicados na nota 14 do *Estudio preliminar* de GASIÓ, Guillermo. p. XIV & XV. In: KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. Ver também PEREZ ROYO. Op. cit., p. 42-43.

---

24

Por essa razão Kelsen passou a lecionar em Colônia, onde, como decano, convidou Schmitt para a cadeira de direito público. No ano de 1933 Schmitt nega-se a interceder contra a expulsão de Kelsen da Universidade. (Em GASIÓ, Guilherme. Op. cit., p. XVI).

---

25

Afirma Carl Schmitt: "Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional. (...) Un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución (Gobierno y Administración) y Justicia, carece de Constitución en el sentido del Estado cívico de Derecho". Antes havia lembrado Guizot: "Em tais judicializações, a política não tem nada a ganhar e a Justiça pode perder tudo" (*La defensa* cit., p. 48, 50 e 60).

---

26

Sobre a polêmica Schmitt vs. Kelsen, dando vantagem ao último: GASIÓ. *Estudio* cit., In: KELSEN. *Quién...* cit.; ARAGÓN cit., In: SCHMITT. *Sobre el...* cit.; ARAUJO, Estévez. Op. cit., passim.

---

27

Ver HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais.*, Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 83 e ss.

---

29

E completa Helmut Simon: "Jurídicamente deviene posible tal peso extraordinario, dado que, por un lado, el ejercicio de todos los poderes públicos está vinculado a la Constitución y que, por otra parte, compete al Tribunal la concreción última de la Constitución, incluida la interpretación de las propias competencias. En tal sentido W. Geiger acuñó en 1952 la polémica fórmula de supremacía del Bundesverfassungsgericht, de quién depende la decisiva influencia sobre la voluntad y facultad del resto de órganos constitucionales. La fuerte posición del Tribunal se explica políticamente sobre todo por la valoración que hace de él la Ley Fundamental, pero asimismo porque ha acertado a transmitir y hacer cobrar conciencia de su valor mediante la jurisprudencia - la historia de la República Federal bien pudiera ser escrita a partir de las numerosas sentencias de cierto peso sobre prácticamente todos los contenciosos constitucionales. En los largos tiempos de bonanza que siguieron a la conflictiva fase originaria y que han conciliado el consenso de todos los demócratas, el Tribunal ha acertado a dotarse de tal autoridad que es difícil pensar que un político se atreva a actuar abiertamente en contra de las sentencias y que se exponga al reproche de actuar contra la Constitución. El peso político del Tribunal accedió de forma tanto más plástica a primer plano cuanto más se sintieron los órganos políticos tentados a confiar a la fuerza coercitiva de los tribunales medidas impopulares, y cuanto más renunció la oposición a limitarse para el control del Gobierno al debate parlamentario, y

acudió ante el Bundesverfassungsgericht y dio al mismo la última palabra en asuntos de extraordinaria relevancia" (Op. cit., p. 838-839).

---

30

O mais recente comentador da Constituição de Espanha denomina o Tribunal Constitucional de Poder Corrector, colocando-o ao lado dos demais poderes, o Poder Moderador, o Poder Executivo (distinguindo Governo e Administração), o Poder Parlamentar e o Poder Judicial (ESTEBAN, Jorge de & GONZÁLES TREVIJANO. *Curso de Derecho Constitucional Español*. Madrid: Complutense, 1994. t III, p. 141 e ss.).

---

31

Cf. DE ESTEBAN. Op. cit. , p. 140-260.

---

32

Por todos, Louis Favoreu, que liderou, por décadas, em Aix-en-Provence o mais conhecido centro de informação e de estudos sobre o tema, deixa bem clara essa característica essencial da instituição: "La justicia constitucional se confía a un Tribunal Constitucional 'independiente de cualquier otra autoridad estatal' (Kelsen). Y la condición de esta independencia es la existencia de un estatuto constitucional del Tribunal que define su organización, funcionamiento y atribuciones, colocándolos fuera del alcance de los poderes públicos que el Tribunal está encargado de controlar." ( *Los Tribunales...* cit., p. 28). Na obra coletiva *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dickinson, 1997, p. 106-108, Favoreu desenvolve sua ideia de " *quarto poder ou controlador dos três poderes*".

---

33

No Brasil, esse o título da importantíssima obra do jurista Gilmar Ferreira Mendes, que trata do controle abstrato de normas. (São Paulo: Saraiva, 1996).

---

34

Cf. AJA, Eliseo. Op. cit., p. 259-263, 281-282, 288-291.

---

35

Enterría, apoiado em Klaus Stern ( *La Constitución...* cit., p. 195, 202, 205 e 206).

---

36

"Quizá esté justificada la expresión acuñada en la doctrina italiana respecto de su propia Corte Costituzionale al calificarla como organo di chiusura. Significa que tiene la última palabra por la

simple razón de *actuar como última instancia*. (MARÍN, José Angel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ariel, 1998. p. 54. O grifo é nosso).

---

37

Encontramos um Autor, Lorca Siero, com uma visão semelhante à nossa. Depois de constatar que o chefe de Estado e o Tribunal Constitucional não se acomodam à teoria da tripartição dos poderes, conclui: "Tal problemática puede ser resuelta desde la teoría de los poderes constitucionales, puesto que el Tribunal Constitucional y el Jefe de Estado son poderes que se establecen a nivel de poder de la Constitución misma; de otro lado, los otros tres - Legislativo, Ejecutivo y Judicial - lo son a nivel constituido." (...) "No se trata de que el de nivel superior tenga más poder que el inferior, sino que convencionalmente la Constitución le da un trato preferente y le sitúa sobre los otros en el ejercicio de unas funciones específicamente atribuidas a la institución" (*Poderes Constitucionales*. España: Editorial Siloa, 1998. II, p. 166 e 211).

---

38

Esses dois parágrafos completam as distinções que ensaiamos no item 7.2 supra.

---

39

Basicamente, a conservadora e a progressista, manejadas pelos partidos políticos, que, não por outra razão, tornaram-se instrumentos essenciais do sistema de divisão dos poderes desde a fase da pentapartição.

---

40

No item 43 supra, tratamos sumariamente da polêmica Kelsen vs. Schmitt.

---

41

Para os modos de composição do Tribunal na Europa, FAVOREU. *Los Tribunales...*, passim

---

42

Enterría está entre os que mais enfatizam a função do Tribunal Constitucional relativamente ao consenso que fundamenta a Constituição e a democracia (La Constitución... cit., 178, 180, 186-188, 193-195).

---

43

Além da referência a Enterría (ver item 44), a renovação do consenso é referida por Perez Royo, citando A. Weber (*Tribunal...* cit., p. 44).

---

44

"La tarea del Tribunal Constitucional consiste en defender la obra del poder constituyente y en controlar que todos los poderes constitucionales se mantengan como poderes constituidos. Así, el Tribunal no puede ser considerado como un poder constituyente propio, sino que más bien debe ser contemplado como la prolongación y garantía del poder constituyente originario y, en esa línea, se trata también de un poder constituído. (MARÍN. Op. cit ., p. 110)

---

45

Dignidad humana, libertad, igualdad, pluralismo (...) exigen del juzgador una noción previa (...) de esos conceptos. (...) (D)ichas nociones está integrada por un contenido definitorio netamente político, más que jurídico." (Idem, p. 106).

---

46

"Me refiero, con Zagrebelsky, a aquella función implícita y enlazada a la labor consistente en dirimir las controversias de legitimidad constitucional que determina, de alguna manera, que el Tribunal Constitucional se erija, por ponderación, en moderador del sistema institucional." (Idem, p. 101). Machado Horta cita Jimenez de Asua que via, no Tribunal de Garantías Constitucionales da República Espanhola, a versão moderna do Poder Moderador ( *Direito Constitucional* cit., p. 155 e 156).

---

47

Ensina o autorizado Marín: "La aportación de la justicia constitucional es, pues, de carácter técnico y atañe a los medios de superación del conflicto. (...) Lo que determina que un órgano tenga carácter jurisdiccional son las técnicas de actuación y su independencia" (Op. cit., p.105).

---

48

Por todos, ESTEBAN & outro. Curso..., III, p.173-174.

---

49

A posição que aqui defendemos, em linhas gerais, harmoniza-se com a de Enterría: "La justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo" ( *La Constitución...*, p. 180).

---

50

Cf. item 45 supra.

---

51

Esse instinto em distinguir o que é essencial do que é mais acidental em matéria de organização política sobrava a Pimenta Bueno. Trazemos esta passagem: "Este poder (o moderador), que alguns publicistas denominam poder real ou imperial, poder conservador, incontestavelmente existe na nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ela não tenha o direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos. Existe e é distinto não só do poder executivo, como de todos os outros; não pode ser exercido, como já indicamos, pela nação em massa, precisa de ser delegado. *As questões pois que podem oferecer-se só terão de versar sobre a melhor delegação a fazer, ou sobre as atribuições que propriamente devam pertencer-lhe.*" ( *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, 1857, ed. de 1958. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, p 201-202). Muitos tratadistas políticos, pelo menos em França, queixa-se Favoreu, ou não tomaram consciência da dimensão macroinstitucional no direito do Estado ou "continuam (apenas) empenhados no estudo dos problemas tradicionais de sistemas eleitorais e de regimes políticos". (FAVOREU. *Los Tribunales* cit., 150).

---

52

Enterría corrobora essa afirmação ( *La Constitución...* cit., nota 75, p. 160).

---

53

Afirmou Genhard Müller, citado por Marín, em balanço da experiência alemã: "Después de casi veinte años de existencia del Tribunal Constitucional Federal se puede constatar que su creación ha contribuido esencialmente a la estabilización de vida del Estado, sin que el amplio control ejercido en el plano jurídico-constitucional haya conducido a una *politización insoportable de la justicia*, tal y como habían temido los enemigos de la jurisdicción constitucional" (no caso de cumulação com a função judicial). Cf. MARÍN. Op. cit., p. 141..

---

54

Bruce Ackerman, artigo citado, passim.

---

55

Idem, passim.

---

56

GONZÁLEZ TREVIJANO. Op. cit., p. 243-244.

---

57

Por todos FAVOREU. *Los Tribunales...* cit, p. 27-28 e ss. A Suprema Corte americana não se reveste

dos traços essenciais que definem um Tribunal Constitucional. Lá, o controle de constitucionalidade (função do Tribunal Constitucional) pôde ser assumido pelo judiciário, sem tensões invencíveis com o Parlamento, em razão de duas peculiaridades especialíssimas do sistema jurídico de *common law*. Os juízes e tribunais são órgãos da sociedade antes de serem um poder (burocrático) do Estado a disputar espaço com o Parlamento. E, via precedentes, a criação do direito já é testadamente partilhada, em limites consensuais de longo tempo, entre o Congresso (o direito estatutário) e o Judiciário (o direito dos fatos sociais concretos).

---

58

O mestre mineiro Machado Horta deixa clara a ligação entre o Tribunal Constitucional e o governamentalismo: "Os Tribunais Constitucionais, que figuram entre as criações mais sugestivas do constitucionalismo europeu dos pós-guerra de 1918, consubstanciaram forma original de controle *revelada pelo regime parlamentar*, para assegurar efetiva supremacia da Constituição." (*Direito Constitucional* cit., p. 147).

---

59

Os Estados Unidos é a exceção ocidental, já observava Tocqueville. É o único país do mundo em que existe um consenso fático natural, ao nível da sociedade, pela economia de mercado e - acrescentaríamos - de inclinação capitalista. Existindo consenso social de base, não há a necessidade crucial da construção de um consenso político, de nível constitucional.

---

60

Ver LIMBACH, Jutta. Presidente do Tribunal Constitucional Alemão, "Papel y poder del Tribunal Constitucional", na *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: Uned, 2.º semestre de 1999. p. 103 e ss.

---

61

ACKERMAN, Bruce. artigo citado. Poderíamos traduzir por parlamentarismo limitado ou parlamentarismo mitigado.

---

28

O Relator foi G. Leibholz. Ver SIMON, Helmut. Capítulo XVI, La Jurisdicción Constitucional. In: BENDER, Ernst & outros. *Manual de direito constitucional da RFA*. 2. ed. Marcial Pons, 2001. p. 838.