

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Justiça Constitucional e suas fundamentais funções

André Ramos Tavares

Sumário

1. Significado de uma teoria das funções como categorias fundamentais da Justiça Constitucional. 1.1. Considerações iniciais. 1.2. Teoria unitarista e pluralista das funções do Tribunal Constitucional. 2. Fundamentos e consequências da teoria das funções. 2.1. Fundamento teórico para a totalidade das funções próprias: supremacia e guarda da Constituição no Estado Constitucional de Direito. 2.2. *Vis expansiva*: uma exacerbação? 2.3. Explicitação da proposta. 3. Autonomização das funções novas (recentes) e implícitas (originárias-ocultas). 3.1. Estado da arte. 3.2. Terminologia: esclarecimentos; 3.3. Autonomização das funções. 3.4. Estatuto constitucional-funcional. 4. As funções e suas tipologias. 4.1. Funções estruturais (próprias) e funções impróprias. 5. Função interpretativa. 5.1. Esclarecimentos. 5.2. Conceito operacional. 5.3. Espécies. 5.4. Limites da função interpretativa. 6. Função estruturante. 6.1. Conceito operacional. 6.2. Natureza normativa da função estruturante e seu *status* constitucional. 6.3. Âmbitos de controle normativo da constitucionalidade. 6.4. Função cassatória (corte de superposição). 6.5. O controle das violações aos direitos fundamentais. 6.6. Reforço de validade legislativa como função estruturante. 7. Função arbitral. 7.1. Conceito operacional. 7.2. Âmbitos de manifestação da função arbitral. 7.3. Decisão de término constitucional do artrato. 8. Função legislativa. 8.1. Conceito de função legislativa. 8.2. Espécies. 9. Função governativa. 9.1. Distinções preliminares. 9.2. Tribunal Constitucional e governo de juízes. 9.3. Identificação tópica da dimensão funcional governativa. 9.4. Função governativa: consequências e limitações. 10. Considerações finais.

André Ramos Tavares é Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Research Scholar* na Cardozo School of Law – New York; Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do CEU/SP; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

1. Significado de uma teoria das funções como categorias fundamentais da Justiça Constitucional

1.1. Considerações iniciais

Este ensaio terá como objeto a análise da Justiça Constitucional dentro do quadro de funções do Estado, embora isso não signifique a tentativa de legitimar-se um Estado-Moloch ou Leviathan (Cf. CANOTILHO, 2006, p. 113-116). A abordagem centralizar-se-á no Tribunal Constitucional, não porque desconsidera a implementação da Justiça Constitucional por outros órgãos, mas porque é o Tribunal Constitucional o órgão incumbido de exercê-la em caráter definitivo.

Uma teoria das funções não escapa de ser uma teoria da prática de determinado encargo. A teorização acerca das funções desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional deve objetivar uma construção científica sustentável que indique as atribuições dessa instituição e forneça os aportes teóricos necessários para distingui-las entre si, não sem uma referibilidade mínima (pressuposta ou explícita) à experiência dos Estados.

O pressuposto, portanto, será o órgão central relacionado com a Justiça Constitucional. Assim, preferir-se-á, a um desenvolvimento e uma divisão material das funções do Estado, a “ordem dos *centros* explicativos dos próprios poderes, vale dizer dos *órgãos* (...) estatais considerados nas funções características e normais a esses atribuídas” (ALESSI, 1966, p. 14, tradução nossa). Isso não significa, evidentemente, pretender sustentar o “Estado em branco” de que fala Canotilho (2006, p. 115). Apenas ocorre que um estudo com esse alcance permite vislumbrar com maior nitidez o papel desempenhado, na sua integralidade, pela figura amplamente difundida e adotada do Tribunal Constitucional.

Serão apresentadas, aqui, como *categorias fundamentais* (estruturais), aqueles elementos de estudo necessários para compreender um instituto ou instituição. Entre elas, destaca-se a dimensão funcional. Uma per-

quirição acerca do Tribunal Constitucional depende, pois, da definição de cada uma das suas funções e da elucidação das diversas ligações entre elas. Somente o estudo das funções do Tribunal Constitucional permite a compreensão do seu papel no atual cenário político e orgânico do Estado contemporâneo ocidental. A análise desenvolvida a seguir enfocará essa dimensão funcional (compreendida como categoria fundamental).

Utilizar-se-á, como ponto de partida, a “origem” da existência de diversificadas funções como atribuições próprias (categorias fundamentais) da Justiça Constitucional. Em seguida, passar-se-á a seu estudo individualizado¹. Esse estudo envolve a identificação de cada uma dessas funções, sua fundamentação com a demonstração da respectiva estrutura, bem como as diferenciações (ou não) quanto às demais funções e implicações entre elas.

1.2. Teoria unitarista e pluralista das funções do Tribunal Constitucional

Pela teoria clássica, três seriam as funções e “poderes” do Estado: a função executiva, a legislativa e a judicial. Contudo, desde o início das teorizações acerca desse tema, pôde-se constatar a dificuldade em estabelecer com precisão essas categorias e suas distinções. Com apoio recorrente a Montesquieu e Madison, contudo, a tríade foi mantida, não sem maiores críticas (Cf. ACKERMAN, 2000). Interessa, particularmente para a presente tese, a função jurisdicional, porque aproximadamente é sempre indicada ou lembrada por ocasião da atividade de um Tribunal Constitucional.

Essa função jurisdicional, em sua vertente judicial, foi considerada, por muitos autores, uma função decorrente da executiva: mera execução da lei pelo magistrado, como o administrador também deve executar a lei. Se se considerar o tema da função jurisdicional mais a fundo, será possível constatar, igualmente, sua proximidade com a função legislativa.

Diante disso, importa destacar, na linha de Malberg (2001, p. 630, tradução nossa), que a distinção das funções do Estado não se baseia exclusivamente no aspecto material (executiva, legislativa e judicial), mas também no formal (incluindo a dimensão orgânica). É com base neste que se especifica a função jurisdicional:

“(...) do ponto de vista das condições nas quais se exerce, ou seja, do ponto de vista orgânico, a jurisdição encontra-se erigida pelo direito público moderno como função especial, claramente separada das outras duas, com suas próprias regras e seus órgãos particulares, e que constitui assim, em certo sentido, um terceiro poder, que aparece, no direito positivo, como inteiramente diferente da legislação e da administração”.

Ou seja, a análise formal implica a constatação de regras próprias para a função jurisdicional, diferenciando-a da executiva propriamente dita. Também implica o reconhecimento da existência de órgãos particulares para desempenharem referida função, o que é mais um elemento de distinção formal. Essa lição se aplica, como se demonstrará, para o caso da função (ou conjunto de funções) desempenhada(s) pelo Tribunal Constitucional.

Nessa linha, é preciso admitir a função de *fiscalização* (defesa) e de *aplicação* (cumprimento) da Constituição, que tem sido reconhecida aos tribunais constitucionais. Não o fazer significaria, como observa Malberg (2001), ignorar aspectos formais e pretender reduzir tudo ao aspecto de fundo, comum a todas as funções.

Nessa concepção aqui combatida, a função do Estado, hoje, poderia ser uma só: aplicar a Constituição, o que englobaria desde a função de legislar para o bem comum como administrar, fiscalizar e julgar. Tanto a função poderia ser unicamente a de aplicar a Constituição que qualquer edição ou execução de uma lei, de um decreto ou a prática de qualquer outro ato ou fato, no

modelo atual, não ocorrem desvinculadas das normas constitucionais, argumento que serviria para confirmar a unicidade de funções. Pode-se dizer que, realmente, no Estado Constitucional, a Constituição é o centro do universo jurídico, e, com isso, seria possível sustentar teoricamente que a função do Estado é a de aplicar (incluindo garantir) essa Constituição.

Uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que a primeira deve exclusivamente direcionar-se para a aplicação da Constituição. O *motivo-finalidade* (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, mas com a exclusiva *finalidade de defesa da Constituição*.

Ter-se-ia, nesses termos até aqui explorados, uma *teoria unitarista* das funções do Tribunal Constitucional. A esse órgão corresponderia uma função, inovadora na teoria clássica das funções do Estado, mas, de qualquer sorte, respeitando a construção doutrinária clássica “um órgão, uma função” – a defesa e o cumprimento da Constituição.

Mas, mesmo dentro desse contexto (defesa e cumprimento da Constituição), é necessário realizar uma nova diferenciação, tendo em vista a existência de regras próprias e diversas funções (apesar de serem estas reconduzíveis a uma só, e que seria aquela função de defesa-aplicação da Constituição).

A distinção é imprescindível, na medida em que há funções formalmente distintas, cumprindo realizar um desmembramento para fins de análise e esclarecimento da estrutura de cada uma das funções. É preciso realizar, pois, no âmbito da Justiça Constitucional, uma subdistinção entre “novas” (distintas) categorias de funções (fundamen-

tais). Todas, contudo, reconduzíveis à função de aplicação e garantia da Constituição. A teoria unitária e a teoria pluralista, nesse ponto, encontram-se em sintonia.

As novas distinções são propostas tendo como pressuposto maior essa distinção formal, que identifica “uma” função própria do Tribunal Constitucional (um órgão, uma função), mas se realizam, a partir dela, novas diferenciações, ou subdistinções, para melhor esclarecer a existência e as particularidades de cada uma delas em relação às demais.

Não se pode jamais olvidar que as diversas funções que se apresentam a seguir são, na realidade, próprias da Justiça Constitucional, diferenciadas de todas as demais existentes em um Estado por força daquele pressuposto (motivo-finalidade). Isso faz com que se possa falar em funções legislativas de um Estado, e não apenas em uma função legislativa². Trata-se, aqui, de uma distinção resultante da diferença de perspectiva com que se maneja o fenômeno, sendo, no caso, essencial a perspectiva formal (finalidade-motivo), pois, quanto ao aspecto material (conteúdo), nenhuma distinção se apresenta.

Por fim, tem-se de distinguir (na perspectiva geral) a função do Tribunal Constitucional daquela realizada pelo Poder Judiciário. Evidentemente que tal distinção se realiza, especialmente, no plano formal. Materialmente ambas poderiam ser reconduzidas a uma só: execução (do Direito, da Constituição). Formalmente falando, enquanto a função do Poder Judiciário ocorre mediante a observância do contraditório, considerado “requisito processual-estrutural essencial da atividade jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1993, p. 16), o mesmo não sucede necessariamente ou segundo o mesmo padrão e intensidade com o Tribunal Constitucional (ANGIOLINI, 1998, p. 3-26). De outra parte, neste não se reduz a eficácia das decisões a alcançar as partes do processo, sendo primordialmente decisões com efi-

cácia *erga omnes*. Por fim, o Judiciário existe, basicamente, para resolver as situações de conflito social-concreto, enquanto o Tribunal Constitucional está ordenado para a defesa da Constituição (como representação abstrata da vontade social).

2. Fundamentos e conseqüências da teoria das funções

2.1. Fundamento teórico para a totalidade das funções próprias: supremacia e guarda da Constituição no Estado Constitucional de Direito

Os tribunais constitucionais, como notou Tremps (1985, p. 111), atuam em todos os casos que impliquem aplicação da Constituição. Retomando-se os fundamentos teóricos da idéia unitarista, pode-se afirmar que a totalidade das funções (fundamentais) a eles atribuíveis está alicerçada, basicamente, em duas premissas: (i) a colocação da Constituição como *lex superior*, pois, não havendo supremacia da Constituição, não haverá lugar para tribunais constitucionais e (ii) a necessidade de que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda.

É na conjugação desses dois fatores que se sustenta o conjunto de funções que a seguir são exploradas. Assim, o Tribunal Constitucional é o órgão máximo de garantia da supremacia da Constituição, e seu surgimento encontra-se atrelado ao surgimento e à evolução do Estado Constitucional de Direito.

Todas as funções do Tribunal Constitucional são responsáveis por incrementar e expandir a já amplamente reconhecida força normativa da Constituição (Cf. CARRILLO, 1994, p. 7). Nas palavras do ex-Presidente da Corte de Constitucionalidade da Guatemala: “A justiça constitucional adquire especial importância no Estado moderno porque constitui o meio pelo qual se logra a plena vigência das normas contidas nas leis fundamentais” (PINTO ACEVEDO, 1997, p. 591, tradução nossa).

Na medida em que o Direito constitucional desenvolveu-se e assumiu proeminente lugar no cenário jurídico hodierno, também os tribunais constitucionais, a ele atrelados, foram impulsionados, lentamente, nesse processo de reconhecimento e reforço das constituições. Sua presença é considerada imprescindível, e suas funções foram gradualmente alargadas. O Tribunal Constitucional é, concomitantemente, partícipe e garante do governo, da normatividade (Estado de Direito), da governabilidade e da constitucionalidade, entre outras funções que já se podem indicar.

2.2. Vis expansiva: uma exacerbação?

A função – se se quiser, ainda aqui, colocar dessa forma – do Tribunal Constitucional, no momento presente, é altamente complexa. Contudo, a existência de funções que vão além do mero controle da constitucionalidade das leis não chega a ser, no estágio atual, uma premissa doutrinariamente reconhecida. Do ponto de vista do Direito positivo, trata-se de verdade reconhecida não como teoria das funções, mas sim como real diversidade de atribuições conferidas a determinados tribunais constitucionais, muitas das quais sem qualquer relação com categorias fundamentais (estruturais) da teoria da Justiça Constitucional.

Mas é fato notoriamente admitido que um amplo rol de funções próprias do Tribunal Constitucional tem sido determinado aos diversos tribunais constitucionais, “um formidable complejo de competencias” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 157). Poder-se-ia crer que há, nesse elenco de funções, uma exacerbação (consciente ou não) do Tribunal Constitucional. Na realidade, contudo, trata-se, mais propriamente, de uma realidade inafastável, carecendo de sistematização (raramente encontrável na doutrina) e de análise mais acurada das necessidades que, além do controle das leis, derivam imediatamente de uma Constituição, para garantir-se sua supremacia (a teoria, aqui, sustenta-se na idéia de função unitá-

ria como ponto de partida para seu próprio desmembramento e elucidação).

Uma das razões básicas para o não-reconhecimento (nem empírico nem doutrinário) de uma teoria das funções da Justiça Constitucional consiste na intensa preocupação doutrinária com o tema do controle de constitucionalidade das leis. Dessa exacerbada preocupação decorrem algumas impropriedades e confusões, que se podem resumir brevemente na tendência a considerar única essa função de controle (mais corretamente, única seria, como visto, a função de cumprimento e defesa da Constituição), obscurecendo uma necessária ampliação dos horizontes da teoria da Justiça Constitucional.

O fundamento de qualquer função do Tribunal Constitucional é a aplicação da supremacia constitucional. Como salientou Schwartz (1996, p. 26), para manter referida supremacia na prática, é necessário “[...] recusar a confirmação de atos do Legislativo ou Executivo que entrem em conflito com os dispositivos constitucionais”.

A lição do constitucionalista norte-americano, como se nota, faz referência a toda uma gama de atos estatais que podem estar em conflito com a Constituição, e não apenas atos normativos, a merecerem a recusa por parte do Tribunal Constitucional. Quando se fala em controle de atos do Estado em geral, e não apenas em controle das leis, há um natural alargamento do campo de atuação do Tribunal Constitucional, e que merece ser devidamente estudado.

Mas, não obstante ampliada a específica função de controle da constitucionalidade, nem por isso deve ser ela considerada a função-matriz, a partir da qual se desenham as funções estruturantes que adiante se analisam, como parece ter pretendido Black Jr. (1960, p. 223, tradução nossa):

“*Judicial review* tem duas funções primárias – aquela de marcar a atuação governamental com a chancela da legitimidade, e aquela de checar os ramos políticos do governo quando

ultrapassam campos proibidos a eles pela Constituição tal como interpretada pela Corte”.

A busca por uma função-matriz ou fundante de todas as demais é inadequada e impossível.

Algumas das funções do Tribunal Constitucional surgem porque há, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, certo receio ou desconfiança da Constituição, ela própria (em parte) submetida ao jogo eventual das maiorias parlamentares.

Desde o momento em que a classe política percebeu que para manipular o sistema era necessário manipular não apenas as leis, mas também a Constituição, esta perde em boa parte seu sustentáculo teórico de lei imutável (ou raramente mutável), passando a sofrer constantes “ataques” ou “reformas”. Viabilizou-se a imposição de valores de certo grupo aos demais, por força de alteração da Constituição, ocasionando, não raras vezes, fenômeno idêntico àquele no qual se assistiu ao abuso praticado por meio das leis.

Nesse momento, surgem os dois últimos “redutos” de defesa do constitucionalismo e da democracia (constitucional): as denominadas “cláusulas pétreas” e as “cláusulas abertas”. As primeiras restam imunizadas quanto às vontades político-partidárias eventuais. As segundas permitem que mesmo o campo de atuação dessa atividade partidária possa ser fiscalizado com maior intensidade e rigor, porque o Tribunal Constitucional poderá manipular modificações constitucionais de cláusulas abertas, jogando seu entendimento (interpretação) como o mais adequado no contexto constitucional geral. Mesmo as emendas à Constituição passam a sofrer o controle do Tribunal Constitucional, e esse controle é realizado com maior rigor do que o próprio controle da constitucionalidade das leis (função inaugural).

Apesar da forte tendência doutrinária a considerar pacífica a tese do controle de constitucionalidade das emendas à Consti-

tuição, sua realização prática tem alcance muito maior do que o alcance próprio da função original de controle da constitucionalidade das leis.

Em síntese conclusiva, constata-se, pois, (i) uma complexidade envolvendo a função originária de controle da constitucionalidade das leis; (ii) um alargamento do campo de atos sindicáveis por meio desse controle; (iii) uma função que se pode considerar um alargamento daquela originária, mas com distinções bastante profundas, consistente em controlar as reformas constitucionais.

2.3. Explicitação da proposta

Realiza-se, doravante, uma análise particularizadora das funções do Tribunal Constitucional, com uma proposta classificatória que habilite albergar todas as funções encontráveis e desejáveis de um Tribunal Constitucional que, ao mesmo tempo, forneça uma idéia acerca do papel que cada uma dessas funções desempenha.

3. Autonomização das funções novas (recentes) e implícitas (originárias-ocultas)

3.1. Estado da arte

O Tribunal Constitucional tem desempenhado, ao longo da História, no mundo, papel de grande relevo nos últimos anos. Apesar de sua relevante e equilibrada atuação, ainda se questiona seu poder, sua atuação política, sua atividade corretiva da do legislador e, por fim, sua capacidade interpretativa. Isso sem engendrar-se qualquer modelo substitutivo que não contemple a mera transferência de suas funções para os demais “poderes” clássicos (Executivo ou Legislativo).

É a Constituição o *locus* adequado para perscrutar-se acerca das funções a serem exercidas pelo Tribunal Constitucional. Nessa lição, compreende-se uma completa liberdade de previsão (constituente-originária) de quais serão exatamente essas funções em determinado contexto histórico-pontual.

Na prática constitucional de cada Estado, portanto, é verificável (não desejável) um conjunto de atividades incongruentes com a natureza (originária e doutrinária) atribuível a um Tribunal Constitucional. É correto afirmar, na realidade histórica, que há funções muito distintas atribuídas aos diversos tribunais constitucionais existentes (Cf. CARRILLO, 1994, p. 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137).

Os constituintes devem procurar evitar arrolar essas funções estranhas ao Tribunal Constitucional, funções que não envolvem a supremacia da Constituição (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137), salvo pela circunstância (formal irrelevante) de também serem funções contidas na Constituição.

Parece haver certo consenso na doutrina autorizada e especializada acerca da existência de diversas categorias funcionais fundamentais na Justiça Constitucional. Isso, contudo, é abordado quase sempre secundariamente ou como questão não problematizante, havendo poucos estudos preocupados em esclarecer quais seriam exatamente essas funções e o fundamento para uma adequada “separação” dessas diversas funções. Pode-se afirmar que não há uma construção teórica sistematizada e objetiva sobre o tema.

Em termos teóricos, contudo, é preciso traçar com precisão quais seriam as funções estruturais.

3.2. Terminologia: esclarecimentos

Fala-se, entre as funções estruturais, de “funções implícitas e novas”. Quanto às denominadas *funções implícitas*, como se pode facilmente deduzir, são aquelas exercidas desde o início histórico do Tribunal Constitucional, embora pouca atenção lhes tenha sido dispensada. As *novas funções*, ao contrário daquela denominada “função histórico-originária” e de suas correlatas, encontram-se, ainda, em processo de evolução e consagração em diversos estados.

(i) Não há dúvida de que, desde sua criação e consagração, o Tribunal Constituci-

onal passou a desempenhar funções de grande envergadura dentro de cada sistema político (Cf. PORRAS NADALES, 1986, p. 19). Em parte, por nele (Tribunal) terem sido depositadas muitas esperanças pela sociedade, ao que o Tribunal Constitucional tem correspondido com um alargamento de suas funções. (ii) De outra parte, diversas constituições, em face da falência dos demais “poderes”, têm igualmente depositado no Tribunal Constitucional funções especiais e relevantes, do ponto de vista do governo e da governabilidade. Congregam-se, portanto, (i) funções históricas (embora ocultas) e (ii) funções novas (emergentes).

Por fim, é proposta uma função que maximize a funcionalidade tanto das eleições diretas como do próprio Tribunal Constitucional.

3.3. Autonomização das funções

É preciso retomar a discussão acerca da teoria unitarista, para definitivamente esclarecer se as funções atribuídas ao Tribunal Constitucional seriam autônomas realmente ou, ao contrário, apenas decorrências diretas da única função, que se estabeleceria como a de controle da constitucionalidade das leis, função inaugural, ou, mais amplamente, a função de cumprimento da Constituição.

A função básica e primordial dos tribunais constitucionais deve ser a de aplicar a Constituição, especialmente contra as leis que a violem. Essa é a competência nuclear, na expressão de Enterría (1983, p. 137). Poder-se-ia dizer que essa é a função-matriz. Contudo, isso não quer significar (i) que toda aplicação da Constituição deva passar pelo crivo do Tribunal Constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 42), ou (ii) que seja monopólio deste aplicar a Constituição (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 65 et seq), ou, ainda, (iii) que o Tribunal Constitucional exerça uma única função (JOACHIM FRIEDRICH, 1946, p. 221), consistente na aplicação da Constituição ou, mais especificamente, no controle da constitucionalidade das leis (KELSEN, 1928, p. 31).

Se se quiser, ao Tribunal Constitucional compete, sempre, a aplicação da Constituição. Essa constatação envolve inúmeras outras atividades para além do mero controle, inclusive transbordando da mera aplicação, já que quem aplica precisa previamente interpretar. Portanto, seria extremamente simplista a idéia de alocar no Tribunal Constitucional a função exclusiva de aplicar a Constituição. Não há, como pretendeu Friedrich (1946, p. 221), uma natural tendência a fundir todas as funções do Tribunal Constitucional. Esse posicionamento esclarece muito pouco ou quase nada sobre as funções desenvolvidas, na atualidade, por um Tribunal Constitucional, sendo inadmissível e insustentável na busca de uma teoria consistente e universalizante acerca das categorias fundamentais da Justiça Constitucional.

Como apenas a função de controle tem merecido atenção, é comum confundir o fundamento das funções com essa função específica e, assim, passar a admitir que há uma função única, uma função-tronco, da qual as demais derivam. É preciso realizar um esforço para superar essa propensão a confundir fundamento e função inaugural. O fundamento de todas as funções é comum, o que não significa a possibilidade de reduzi-las a uma única função-tronco. Sustenta-se, pelos motivos expostos, a autonomia das demais funções.

3.4. Estatuto constitucional-funcional

Todas as funções próprias a serem exercitadas pelo Tribunal Constitucional devem ser categoricamente inseridas na respectiva Constituição, sendo inviável e inaceitável que se possam fazer depender da lei (e, pois, do Parlamento, como “poder” constituído). É assente na doutrina a idéia de que a “jurisdição” de um Tribunal Constitucional deve ser recebida diretamente do legislador constitucional (MARQUES, 1961, p. 9).

Questão preliminar nessa temática refere-se à própria possibilidade de controle das leis sem que haja previsão constitucional

expressa nesse sentido. Foi o que ocorreu com a Corte Suprema norte-americana, que estabeleceu a *judicial review* sem qualquer amparo em texto expresso da Constituição ou mesmo da vontade precisa dos constituintes. A questão, contudo, coloca-se apenas para o caso de controle da constitucionalidade a ser realizado difusamente pelo Judiciário.

No caso do controle direto concentrado, é absolutamente imprescindível a referência constitucional expressa. É necessário, pois, o que Favoreu (1994, p. 28) denomina “estatuto constitucional do Tribunal”, alocando-o, em sua estrutura e categorias funcionais, fora do alcance dos demais “poderes”. O *locus* para a indicação das funções (próprias) do Tribunal Constitucional é, exclusivamente, a Constituição, podendo, é certo, ser desenvolvidas por leis ou mesmo pelo regimento do Tribunal Constitucional.

Só a Constituição poderá regradar as funções do Tribunal Constitucional, embora nem todas as funções que lhe sejam atribuídas em um específico ordenamento constitucional sejam automaticamente funções próprias. Mas o inverso é imprescindível: todas as funções, ainda que próprias, devem se fazer presentes na Constituição.

4. As funções e suas tipologias

4.1. Funções estruturais (próprias) e funções impróprias

Como se ressaltou, há duas grandes categorias de funções que se podem constatar na realidade constitucional concreta, apartadas sob o signo da necessária ou prescindível vinculação ao Tribunal Constitucional: (i) funções próprias e (ii) funções impróprias.

(ii) As *funções impróprias* são aquelas que determinada realidade estatal imputa ao Tribunal Constitucional ignorando a posição e a natureza dessa instituição. São funções que não se compadecem com a posição de garante da Constituição, descolando-se da categoria de funções que são es-

truturais (próprias) a qualquer Justiça Constitucional.

(i) As *funções* chamadas *próprias* são aquelas que pertencem a um Tribunal Constitucional por sua natureza e desenvoltura. São as funções estruturais da Justiça Constitucional, responsáveis por sua identificação e caracterização final. Todas as funções próprias são essenciais, e delas não se pode desvencilhar o Tribunal Constitucional, sob pena de grave prejuízo para a Constituição e o sistema jurídico.

A categoria das *funções próprias* pode ser repartida, por seu turno, em diversas outras, reagrupáveis a partir de alguns critérios classificatórios.

Assim, como já se assinalou, as funções próprias podem ser, do ponto de vista histórico, (i) funções originárias (incluindo algumas que restaram ocultadas pela doutrina e prática constitucionais) e (ii) funções recentes (“novas”). Essa classificação obedece, exclusivamente, a critérios cronológicos de surgimento e de exercício das funções, não apresentando, portanto, o necessário interesse científico para fins de construção de uma dogmática jurídica. O critério é relevante, contudo, para realizar o elenco completo das funções estruturais do Tribunal Constitucional. São elas: (i) função de controle das leis; função de árbitro dos “poderes”; função interpretativa; função de governo; função estruturante; função arbitral; (ii) função legislativa e função comunitária.

Essas funções próprias podem ser, ainda, agrupadas em duas outras grandes tipologias: (i) funções emancipadas e (ii) funções agregadas. (i) Seriam emancipadas aquelas funções cujo exercício pudesse solicitar-se diretamente ao Tribunal Constitucional. (ii) As funções agregadas, ao contrário, dependeriam da provocação prévia ou concomitante do Tribunal Constitucional para o exercício de uma função emancipada (direta), sendo exercida no contexto desta última.

Não há como negar, realmente, que há funções cujo exercício não pode ser solicita-

do diretamente ao Tribunal Constitucional (como as funções de interpretação e de governo), admitindo-se apenas quando do exercício de alguma outra função (emancipada). Somente algumas são ou podem ser “auto-suficientes” na perspectiva da sustentação de um pedido ao Tribunal. Contudo, isso não é critério suficiente para estabelecer uma classificação das respectivas funções estruturais da Justiça Constitucional, especialmente tendo em vista a imbricação e a proximidade entre muitas dessas funções.

Há, ainda, diversos outros critérios possíveis. Pelo critério do controle das leis, podem ser arroladas e agrupadas sob um mesmo signo tanto a função arbitral quanto a estruturante. Pelo critério da produção normativa, devem ser lembradas as funções de interpretação, legislativa, estruturante e governativa. Pelo critério da instrumentalidade, alinha-se apenas a função de interpretação.

Sublinhe-se que esses variados critérios classificatórios, e outros que se poderiam construir, apenas acabam por agrupar ou apartar as funções já identificadas consoante elementos e características comuns que se possam estabelecer entre as funções assim comparadas.

Todo o discurso aqui apresentado volta-se para a identificação das funções estruturais de um Tribunal Constitucional, funções essas que serão justificadas como tais em análise tópica de cada uma delas.

Porém, antes de passar ao estudo individual das funções estruturais, cabe tecer algumas anotações pertinentes às *funções impróprias*. Há – e provavelmente sempre haverá – em diversos ordenamentos jurídicos pontuais, por força das respectivas constituições, funções desempenhadas pelo órgão “Tribunal Constitucional” que são incompatíveis com ele enquanto instituição imprescindível ao Estado Constitucional. É o que aqui se denomina “funções impróprias”.

São atividades que, no discurso técnico de uma teoria funcional da Justiça Constitucional, devem ser eliminadas, porque não

fazem parte da natureza do Tribunal Constitucional e não encontram fundamento para serem exercidas por esse órgão, salvo o fundamento formal do comando constitucional de determinada realidade estatal.

A função administrativa (em sentido estrito), a de desenvolvimento do Direito privado (infraconstitucional), a revisão do Direito estadual (contencioso estadual) e a atividade consultiva do Tribunal Constitucional são funções não essenciais a este, porque não relacionadas à garantia da superioridade da Constituição ou a seu cumprimento (incluindo sua defesa).

Particularmente quanto à função administrativa, lembra Cappelletti (1993, p. 81): “Sempre como administradores, evidentemente, agem também os juizes quando organizam sua atividade ou a atividade dos tribunais a que pertencem”.

Em relação ao desenvolvimento do Direito privado, há duas situações: (i) tratar-se de mero contencioso de direito federal comum; (ii) as constituições poderiam contemplar em seu bojo questões próprias dessa seara. As soluções servem quanto ao Direito estadual (ou regional, ou municipal). No primeiro caso (i), não se pode permitir que o Tribunal Constitucional seja um Tribunal comum, de revisão do Direito (VELLOSO, 1993, p. 229). Na segunda hipótese (ii), embora possa haver algum interesse, jamais, contudo, em sua totalidade, a ponto de justificar uma atividade do Tribunal Constitucional vocacionada a cobrir a amplitude desses segmentos da área jurídica.

A atividade de caráter consultivo aproxima-se mais de uma atividade meramente administrativa. A Corte Constitucional emite pareceres, oferecendo uma opinião, quando consultada.

Por fim, é preciso analisar uma função em particular, a função judicial. Desde que a Justiça Constitucional é capitaneada por um Tribunal, ou por um órgão comumente designado nesses termos, deve-se verificar se se trata de um Tribunal na acepção corrente do termo.

Inseridas nesse amálgama denominado “função judicial”, seria possível reconhecer, formal e materialmente, várias e diferenciadas funções. Não há dúvida de que o Tribunal Constitucional atua também nessa seara. Especificamente, exercerá tal função quando desempenhar a função aqui denominada cassatória, ou seja, aplicará o Direito ao caso concreto por solicitação advinda de um modelo recursal ou incidental.

A função cassatória, contudo, deverá ser excepcional, porque há de estar ligada, necessariamente, à Constituição (revisão de natureza constitucional das demais decisões do Judiciário). É inadmissível, como função essencial a um Tribunal Constitucional, servir apenas como instância recursal (terceira ou quarta instância revisora), com uma ampla “função revisora” (CORRÊA, 1986, p. 55), especialmente das questões cujos limites sejam apenas infraconstitucionais. Tratar-se-ia de criar uma “suprema terceira instância”, que desnaturaria a própria idéia de Tribunal Constitucional (WAHL; WIELAND, 1997, p. 14).

Quando o Tribunal Constitucional confunde-se com um Tribunal judicial, todas as funções próprias do Judiciário serão, *ipso facto*, transferidas àquele. Isso costuma ocorrer sempre que o Tribunal Constitucional é apresentado como Tribunal Supremo. Ocorre que, em tais circunstâncias, boa parte dessas funções é imprópria e, assim, interferirá na eficiência do Tribunal Constitucional.

5. Função interpretativa

5.1. Esclarecimentos

A interpretação, enquanto atividade a ser desenvolvida, é o “(...) discurso que se insere entre o sujeito que interpreta e a coisa a ser interpretada” (VIOLA; ZACCARIA, 2001, p. 111, tradução nossa).

Aqui se tem em mira, especialmente, a interpretação da Constituição. A preocupação é, portanto, com o reconhecimento da existência dessa atividade no seio do Tribu-

nal Constitucional, procurando determinar sua natureza, especificidades e limites.

Evidentemente que o Tribunal Constitucional, como qualquer outro tribunal, opera a interpretação de qualquer texto que lhe seja submetido a apreciação para aplicação. Mas a interpretação das leis não cabe como função própria do Tribunal Constitucional a não ser para fins de controle de constitucionalidade das leis e, por vezes, no desempenho da função de corte de cassação. Essa parcela da atividade, que se reconhece também no âmbito da interpretação ao Tribunal Constitucional, não integrando o círculo da Justiça Constitucional, será afastada das teorizações a seguir formuladas.

Outro pressuposto é a constatação de que a Constituição e as leis em geral não hospedam a solução total, objetiva e definitiva para as controvérsias sociais ou mesmo jurídicas. É necessária a intermediação subjetivo-judicial para a finalização da representação jurídica.

5.2. Conceito operacional

Compreender a função interpretativa, exercida pelo Tribunal Constitucional, depende de algumas considerações preliminares. A primeira delas decorre da diferenciação entre enunciado, como o texto escrito, e norma, como dispositivo construído pelo operador do Direito a partir de um ou mais enunciados.

A jurisprudência não pode construir novos enunciados, na medida em que essa atividade pertence ao legislador com exclusividade. Como regra geral, os enunciados constituem verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito e, em particular, para o Tribunal Constitucional, em sua atividade de elucidação da norma vigente. Assim, devem ser analisados (com as ressalvas acima indicadas) como limites à interpretação da Constituição.

A segunda elucidação diz respeito à posição, perante a estrutura hierárquica do Direito, daquela parcela da decisão do Tribunal Constitucional que promove a inter-

pretação do Direito, particularmente da Constituição.

Como se poderá verificar adiante, a decisão propriamente legislativa do Tribunal Constitucional estará posicionada no patamar das leis. A decisão interpretativa, por sua vez, ocupa posição superior à das leis em geral (PÉREZ ROYO, 1998, p. 55), podendo-se mesmo chegar a reconhecer *status* constitucional, havendo quem fale de um “valor especial” (MONCADA, 2001, p. 499). Isso porque, embora o fundamento de validade das decisões constitucionais seja a Constituição, idêntico ao fundamento de validade das leis, as decisões de um Tribunal Constitucional ocupariam o mesmo estalão das normas constitucionais em sentido estrito (Constituição originária), já que poderiam “derrogar” as leis e estas não poderiam derrogar as primeiras.

Uma terceira nota deve ser feita, desta vez em relação à natureza da função interpretativa. Afastada a concepção judicial mecanicista e legislativo-iluminista, importa reconhecer o caráter normativo das decisões interpretativas, como integrantes do denominado “ciclo de produção do Direito”³.

O grau de criatividade na interpretação das normas intensifica-se em se tratando de normas constitucionais. O amplo espaço interpretativo de que goza o Tribunal Constitucional leva alguns à conclusão de que este consiste em um “poder constituinte permanente” (SCHIMITT, 1928, p. 105), um “congresso constituinte permanente” (como consideraram os norte-americanos), uma espécie de “poder constituinte *ratione materiae*” (FARIAS, 1996, p. 180). Como observa Paulo Bonavides (2001, p. 137), “por essa via tem desempenho um poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo (...) ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configurativos de verdadeira atividade constituinte.”

O Tribunal Constitucional, em realidade, mais do que aplicar, acaba por completar a

Constituição, como concluiu Eisenmann (1986, p. 216). O grande perigo, nessa atuação dos tribunais constitucionais, encontra-se no assenhoreamento da Constituição e de seu significado.

Uma variante interessante da mera interpretação constitucional está na construção de súmulas pelo Tribunal Constitucional. A criação de “diretivas” gerais, de “súmulas” do pensamento (interpretação) do Tribunal, para serem generalizadamente assumidas pelos demais centros de “poder”, constitui, inegavelmente, uma atuação de ordem normativa. Vem inserir-se em um processo de progressiva (e ilimitada) retração do âmbito de atividade do Parlamento. Contudo, a circunstância de a edição de súmulas implicar a redação de um enunciado não deve turvar a clara atuação interpretativa que representam: “Há que examinar toda a sentença para poder abstrair a *ratio decidendi*, que valerá como futuro critério de decisão” (ASCENSÃO, 1987, p. 217).

5.3. *Espécies*

Para fins de maior detalhamento e melhor elucidação da atividade interpretativa a cargo do Tribunal Constitucional, essa atividade pode ser dividida em três segmentos: (i) interpretação principiológica; (ii) interpretação evolutiva; (iii) interpretação desenvolvimentista das liberdades públicas.

São facetas de uma mesma e única realidade: a função interpretativa. O destaque desses segmentos da função geral de interpretação não significa a criação de tipologias autônomas, nem a construção de uma classificação geral. Visa a demonstrar que a interpretação pode variar em grau de intensidade e, ademais, pode apresentar finalidades específicas, ao lado da finalidade maior de interceder na elucidação e construção da norma.

Desde o momento em que as constituições contemporâneas passaram a ser reconhecidamente principiológicas, a estrutura do Direito passou a transformar-se profundamente, porque importantes decorrências

são observadas daquela aparentemente inofensiva consagração de princípios constitucionais.

A consagração de normas constitucionais de caráter aberto (princípios) limita a atuação da lei e demanda um processo de preenchimento, a ser implementado pelo órgão incumbido de zelar pela guarda da Constituição. Por esse motivo, sofreu severas críticas. Consoante Schmitt (1928), por exemplo, a principiológica constitucional representaria “tirania dos valores”, capaz de conduzir à derrocada do Estado legislativo e à instauração do “Estado jurisdicional”.

Mas, apesar das críticas, é notório que o Direito Constitucional encontra-se, na atualidade, totalmente “envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade” (MIRANDA, 1988, p. 198). E, não obstante se reconheça que toda interpretação (não apenas a principiológica) é atividade não mecânica, a interpretação opera com maior intensidade no campo dos princípios constitucionais e dos direitos humanos. Além de demandarem maior intensidade interpretativa, esses setores têm recebido atenção especial por parte da sociedade, que deposita suas esperanças de ajustamento e desenvolvimento normativo dessas matérias no próprio Tribunal Constitucional (caráter místico da instituição).

Como reconhece Esser (1961, p. 27, tradução nossa), em lição que se pode aproveitar diretamente para os princípios constitucionais, na atualidade: “(...) os princípios do direito tampouco são elementos estáticos de uma construção escolástica fechada, mas *topoi*, pontos de vista discricionários da estimativa jurisprudencial, base autorizada e legal da argumentação”.

A segunda espécie interpretativa à qual aqui se refere é a interpretação evolutiva, que se identifica por sua finalidade, mais específica. É uma das funções mais relevantes, exercidas pelo Tribunal Constitucional: adaptar “o texto da Constituição às situações históricas cambiantes” (GARCÍA DE

ENTERRÍA, 1983, p. 139-140), o que permite a sobrevivência longa de um mesmo texto de Constituição.

Assim, ao Tribunal Constitucional incumbe conduzir a Constituição de um texto descompromissado a uma *living Constitution*, para utilizar a expressão que ganhou o título da obra de McBain (1948) e de Padover (1964). Trata-se de realização que tem sido amplamente reconhecida pela doutrina, uma necessidade de tornar a Constituição um documento vivo (FERRAZ, 1986, p. 130), que não pode ser considerada como “norma estática e fixada no tempo” (ROCHA, 1991, p. 86). Na doutrina, essa perspectiva tem sido identificada como *mutação (informal)* da Constituição (JELLINEK, 1991, p. 16).

Por fim, refere-se aqui, como segmento da função interpretativa, a interpretação desenvolvimentista da “jurisdição constitucional das liberdades”. Focaliza-se a função promotora dos direitos fundamentais por meio de seu desenvolvimento, que se opera pela interpretação sempre ampliativa e beneficiadora, e que não deixa de ser uma dimensão protetora dos mesmos (Cf. sobre o tema e a separação de poderes: ACKERMAN, 2000, p. 641 et seq.). Há um caráter acentuadamente criativo, na compreensão de Cappelletti (1993, p. 61 et seq.), do resultado dessa “jurisdição constitucional das liberdades”. Quer dizer que o grau de criatividade aqui é maior do que o presente na atividade jurisdicional em geral.

Se, por um lado, as normas que consagram direitos fundamentais são estabelecidas em termos vagos e imprecisos, por outro, o desenvolvimento de um direito fundamental não está imune a dificuldades paradoxais, como a restrição de um outro direito fundamental. É nesse setor que igualmente se encontrarão as denominadas políticas públicas e sua exigibilidade, para fins de implementação de alguns dos direitos fundamentais que delas dependem.

Saliente-se, aqui, não haver óbice técnico a impedir que a interpretação consagra-

da (madura e reiterada) do Tribunal Constitucional possa ser sintetizada (sumulada) em breves enunciados (enunciação) que sirvam à tarefa de esclarecer (em termos de segurança jurídica) qual a solução para as demais situações idênticas⁴.

5.4. Limites da função interpretativa

A interpretação efetuada pelos tribunais constitucionais apresenta seus limites, para além dos quais extravasa da legitimidade constitucional. Os limites são tanto de ordem processual quanto substancial. Os limites processuais fazem parte da própria essência do processo que deve ser trilhado por um Tribunal Constitucional (CAPPELLETTI, 1993, p. 24).

Quanto aos limites substanciais ou materiais, como já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol: “Não pode (...) tratar de reconstruir uma norma que não esteja devidamente explícita em um texto, para concluir que esta é a norma constitucional” (S.T.C. de 8 abr. 1981, apud PÉREZ GORDO, 1983, p. 56-7, tradução nossa). Ademais, há limites decorrentes da opção política adotada pela própria Constituição, embora essa opção seja passível de certa margem de interpretação a ser operada pelo Tribunal.

Problemática específica e de grande alcance, cujo perigo da escassa análise decorre do escamoteamento da função criadora pelas pseudoteorias da mera execução do Direito na atividade julgadora, encontra-se na não-incidência do princípio da proibição do efeito retroativo. A retroatividade das decisões judiciais interpretativas (que opera fora de qualquer questionamento) é fruto da ficção de que o Tribunal Constitucional apenas declara o Direito.

Por outro lado, mostra-se necessário, aqui, sublinhar a necessidade de que a interpretação seja explicitada pelo Tribunal Constitucional. Ao Tribunal Constitucional é defeso promover uma leitura isolada da Constituição, sem maiores esclarecimentos ou demonstrações. O próprio método utilizado, suas vantagens e as preocupações do

Tribunal devem ser, por este, apresentadas no próprio contexto decisório. Trata-se de uma dimensão comunicativa, que, se não é a própria interpretação, é, contudo, imanente a essa atividade.

6. Função estruturante

6.1. Conceito operacional

Denominar-se-á *estruturante* a função por meio da qual se promove a adequação e a harmonização formais do ordenamento jurídico, consoante sua lógica interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada.

O que o Tribunal Constitucional realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não-contradição interna, mas igualmente obter um “funcionamento prático” do ordenamento (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 206).

Tudo o que se relacionar com a *estrutura básica do edifício jurídico* será considerado função estruturante. A função estruturante incorporará, portanto, aquela que é a função considerada inaugural, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Em síntese, nessa função se compreende o controle do respeito à hierarquia e à distribuição de competências.

6.2. Natureza normativa da função estruturante e seu status constitucional

O exercício da função estruturante envolve, necessariamente, como efeito direto, uma natureza propriamente normativa, um *lawmaking process* (Cf. TRIBE, 2000, p. 216). É preciso constatar, porém, que, ao contrário da função legislativa (em sentido estrito), a presente função apresenta *status* cons-

titucional e resultado de patamar igualmente constitucional (tal como ocorre com a função interpretativa da Constituição). Isso porque o conflito entre fontes do Direito de estatura diferenciada é resolvido por um ato de estatura idêntica àquela do ato hierarquicamente superior violado.

Algumas peculiaridades do controle de constitucionalidade sustentam essa constatação: (i) os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de um ato normativo, quando proclamada pelo Tribunal Constitucional, não apenas equivalem (de imediato) aos efeitos de um legislador negativo (derrogação), mas também alcançariam o legislador do futuro, impedindo-o de atuar no sentido de apresentar lei de idêntico conteúdo ao daquela anteriormente anulada (TAVARES, 1998, p. 120); (ii) os poderes do Tribunal Constitucional são de “destruição maciça” (ANDRADE, 1995, p. 79) por permitirem a eliminação retroativa do ato normativo, ou de seus efeitos. Esse tipo de atuação não é reconhecido ao legislador, que, comumente, tem de respeitar as situações pretéritas, não podendo legislar para o passado.

Há que se atentar, contudo, para o abandono da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional, que tornou possível ao Tribunal Constitucional modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade). Com isso, foi-lhe conferida uma função de caráter acentuadamente político (ANDRADE, 1995, p. 79), com o que se revela, novamente, uma conotação legislativa.

6.3. Âmbitos de controle normativo da constitucionalidade

No contexto da função estruturante, inserem-se as denominadas técnicas recentes (contemporâneas) de decisão da Justiça Constitucional, para as quais é imprescindível supor a distinção entre norma e enunciado. Nesses casos, o que se verifica é o desenvolvimento de uma função interpretativa pelo Tribunal Constitucional, para

fins de construção da norma a partir dos enunciados disponíveis da lei.

Um exemplo é a *interpretação conforme a Constituição*, em que se explora o enunciado da lei e as normas que dele se poderiam obter, para realizar uma seleção daquelas que seriam inconstitucionais, oferecendo pelo menos uma que esteja em consonância com a Constituição. Essa técnica é espécie de função estruturante na medida em que afasta aquelas interpretações consideradas incompatíveis com a Constituição, selecionando a que lhe seja congruente.

O controle de constitucionalidade não se restringe às leis. Nada impede que se questione acerca de uma função genérica para controlar a adequação (conformidade) de todo e qualquer ato normativo inferior a seu imediatamente superior, na escala hierárquica, quando haja pertinência (conexão) constitucional. É o caso de se inserir, pois, nesse controle, como objeto dele, o ato normativo inferior à lei, como o decreto do Poder Executivo.

Por outro lado, ele pode alcançar os atos normativos de quaisquer esferas da federação e também os tratados internacionais, conforme a postura que, em relação a esses, a Constituição assuma. Admite-se, ainda, o controle contra a infração às regras regimentais das casas legislativas, tendo em vista a importância de que se reveste a atividade produtora de normas. E, caso exista razão para tanto, nada impede o controle de normas já revogadas.

Mesmo as questões políticas não se podem excluir da apreciação judicial, especialmente quando ocorra lesão a direitos constitucionais (DI PIETRO, 2000, p. 593), uma vez que, no Estado Constitucional, não há espaço senão para governos limitados. O grau de fiscalização pode variar (DI PIETRO, 1991, p. 93-94), mas não a existência dessa.

6.4. Função cassatória (corte de superposição)

Além do controle recursal da constitucionalidade de leis e atos normativos, outros recursos podem ter por mérito a aplicação

(equivocada) de lei ou mesmo da Constituição ao mundo concreto. Nessa hipótese, realiza-se um controle da aplicação das leis, um controle da “microconstitucionalidade” (FAVOREU, 1992, p. 41) que, em muitos casos, está inserido na consideração, por parte do Tribunal Constitucional, na leitura da lei, da interpretação que dela se tem feito e de sua aplicação, no que se denomina “*diritto vivente*”.

Entretanto, o controle da aplicação das leis em geral não deve ser função do Tribunal Constitucional, salvo nessa especialíssima situação, em que se utilize, na realidade, da função cassatória, e desde que haja outros elementos de conexão constitucional ou para obter o “*diritto vivente*” como uma das interpretações a serem adotadas para a norma. Decidiu o Tribunal Constitucional espanhol, a esse respeito, com toda a pertinência para uma teoria da Justiça Constitucional, que: “(...) não compete, pois, ao Tribunal, em sua função de órgão decisório dos recursos de inconstitucionalidade, julgar o maior ou menor acerto com que os operadores jurídicos estejam levando a cabo seu trabalho de aplicação” (S.T.C. 8 abr. 1981, apud PÉREZ GORDO, 1983, p. 59).

A lição é válida especialmente se se considerar que todos os tribunais realizam interpretação da Constituição ao aplicarem o Direito (CARRILLO, 1995, p. 34), do que decorreria um elemento de “conexão” para fins de alcançar sempre, via recursal (quando existente), o Tribunal Constitucional, inviabilizando-o, pois geraria o que com toda precisão Buzaid (1972, p. 149) denominou “crise funcional”.

6.5. O controle das violações aos direitos fundamentais

Com a sua consagração em âmbito constitucional, tamanha importância acabou assumindo a tutela dos direitos fundamentais, que se passou a considerar uma “*giuridizione costituzionale delle libertà*”, na consagrada expressão cunhada por Cappelletti (1976). Trata-se, portanto, de

reconhecer os direitos fundamentais e sua proteção adequada como elemento catalisador para fins de análise específica. Nesse sentido, é inegável que a função estruturante desempenha uma “garantia suplementar das liberdades individuais” (RAMOS, 2000, p. 41).

Entre as finalidades perseguidas no controle de violação aos direitos fundamentais, destaca-se a de preservá-los (após lhes atribuir o exato conteúdo pela função interpretativa). Essa espécie de controle integra a função estruturante uma vez que se ocupa em assegurar a supremacia de uma parcela apenas da Constituição: aquela referente aos direitos fundamentais.

Há *defesa (objetiva)* dos direitos fundamentais pelo *controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos*, justamente quando promovem o desafio da Constituição. Essas hipóteses são regidas pelas mesmas conclusões indicadas para o modelo de controle dos atos normativos em geral.

Pode haver, ainda, a *defesa desses direitos no modelo concreto*, pelo Tribunal Constitucional. Nessa última hipótese, o controle não é direto, mas sim norteado por um caso concreto e admitido apenas pela via recursal ou pela incidental. Em tais circunstâncias, aplicam-se as conclusões apontadas para a situação em que o Tribunal Constitucional atua como Corte de Cassação⁵.

A posição que o Tribunal Constitucional pode ocupar como Corte de Cassação, no que pertine aos direitos fundamentais, é extremamente delicada tendo em vista a teoria da vinculação dos particulares a direitos fundamentais (eficácia jurídica horizontal dos direitos fundamentais). Admitindo-se a vinculação direta de particulares (em suas relações privadas) ao rol de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, seria inevitável que juízes e tribunais passassem a se utilizar, em suas decisões, de fundamentos constitucionais diretos. Com isso, grande parte dos conflitos entre os particulares, anteriormente considerados meramente civis, envolvendo direitos fun-

damentais, seriam automaticamente transformados *em* ou considerados *conflitos propriamente constitucionais*. Isso permitiria a elevação do processo até o Tribunal Constitucional, em todas as hipóteses, dependente apenas da provocação da parte interessada.

Por fim, pode-se promover a defesa dos direitos fundamentais quando violados por atitudes ou fatos, transpondo-se o controle para além do campo dos atos normativos. Essa faixa que extrapola o campo normativo, portanto, estaria totalmente fora da denominada função estruturante, porque não se trata de manter a estrutura do ordenamento normativo. Em termos diversos, trata-se aqui da elucidação dos fatos e sua (eventual) repressão, o que afeta a norma apenas no plano de sua eficácia real (social), não sendo um problema estritamente relacionado à estrutura normativa do Direito.

6.6. *Reforço de validade legislativa como função estruturante*

Como desdobramento do controle normativo, encontra-se a possibilidade de confirmação da constitucionalidade, legalidade ou legitimidade do ato objeto de fiscalização (JOBIM; MENDES, 1995, p. 141). Realmente, o Tribunal Constitucional não é chamado apenas para se pronunciar negativamente, vale dizer, pela inconstitucionalidade das leis ou atos normativos estatais. Muito pelo contrário, poderá igualmente ser conclamado para declarar a legitimidade de determinada lei, apondo-lhe o “timbre da constitucionalidade”. Esse tipo de mecanismo transforma o Tribunal Constitucional que o exerce em órgão de reforço da validade das leis, ao ratificar a constitucionalidade dessas como resultado final desse processo de verificação.

Com decisões desse naipe, o Tribunal Constitucional promove a confirmação máxima de uma lei ou ato normativo, exercendo sua função de estruturador do sistema normativo, reconhecendo e ratificando os

elementos normativos que fazem parte desse sistema jurídico específico. Ainda que o resultado final seja a revalidação da lei ou ato normativo, isso é feito para fins de manutenção de certa segurança do sistema normativo (com seus elementos fora de qualquer suspeita).

7. Função arbitral

7.1. Conceito operacional

A *função arbitral*, da mesma forma que a *função estruturante*, realiza o acertamento dos conflitos do sistema. A perspectiva de cada uma é, porém, totalmente diversa. A primeira, ao contrário da função estruturante, não envolve questões técnicas de hierarquia voltadas para a normalização do sistema normativo, mas sim exclusivamente de competência. Considera-se exercício de função arbitral apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos “poderes”, procurando solver os eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais.

A escolha do termo “arbitral” leva em consideração a proximidade dessa função com a idéia de “mediador”. O Tribunal Constitucional resolve as divergências sobre a repartição de “poderes” entre autoridades ou órgãos do Poder, em função “análoga à de um árbitro que resolva os conflitos entre as autoridades que têm poderes divididos funcionalmente de acordo com alguma forma de separação de poderes” (JOACHIM FRIEDRICH, 1946, p. 220, tradução nossa).

Pode-se considerar que há uma tendência natural, inerente à Constituição, aos conflitos entre os “poderes” (MURPHY, 1975, p. 268). Assim, é da responsabilidade direta do Tribunal Constitucional assegurar o equilíbrio do sistema de “poderes”, e somente o Tribunal tem condições de fazê-lo com a objetividade necessária (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 191).

E essa atuação do Tribunal Constitucional não se impõe somente nos momentos de crise. Mesmo no mais completo equilíbrio entre os órgãos constitucionais, nem por isso deverá o Tribunal Constitucional ficar inerte. É que poderá ocorrer que um órgão esteja, com o beneplácito ou não de outro órgão, usurpando as funções deste. Em tais circunstâncias, caberá a intervenção do Tribunal Constitucional para garantir a separação promovida constitucionalmente. Presupor um conflito aberto para, só nessa situação, admitir o desenvolvimento de uma função arbitral significaria, em muitas circunstâncias, anuir com uma posição constitucionalmente insustentável.

A quantificação da atividade do Tribunal Constitucional, no exercício da função arbitral, irá variar conforme a forma de distribuição dos “poderes” e das competências territoriais na Constituição. Assim, nos casos em que a distribuição seja vaga, certamente que a atuação do Tribunal Constitucional será maior (e mais delicada). Quando o modelo, ao contrário, já está bem estruturado, seja pela preocupação constitucional maior, seja pela experiência histórica, será pouca a margem para disputas e, conseqüentemente, para a participação intermediadora do Tribunal Constitucional.

7.2. Âmbitos de manifestação da função arbitral

Dá-se o exercício da função arbitral, primeiramente, em eventual *conflito entre os “poderes”*. Há uma responsabilidade na determinação das funções dos demais poderes constitucionais que coube aos tribunais constitucionais (Cf. PÉREZ GORDO, 1983, p. 26) como intérpretes últimos da Constituição, numa espécie de contencioso entre os poderes.

Trata-se, aqui, do exercício da função interpretativa do Tribunal Constitucional, acoplada com a arbitral, considerado que é ele última instância deliberativa. Na ocorrência de conflito, procede o Tribunal à re-colocação dos órgãos conforme sua leitura

das funções constitucionalmente atribuídas a cada um deles.

Em segundo lugar, variando a teoria que se adote quanto à conceituação e classificação dos poderes, o tema da *proteção das minorias políticas* poderá inserir-se entre as funções de tribunal arbitral do Tribunal Constitucional. Assim, se se admitir que há, no cenário político, apenas um poder de ação e um poder de oposição, as minorias poderão ser justamente esse “poder de oposição”, e, nesses casos, os conflitos a serem solucionados serão conflitos entre “poderes” ou, mais propriamente, forças atuantes no cenário político. Nessa situação, é imprescindível que o Tribunal Constitucional promova a defesa das minorias legislativas (pacificação) como forma de assegurar a democracia (pluralismo político).

Sua atuação, na função arbitral, pode ainda englobar *situações em que o conflito envolva o próprio Tribunal Constitucional*. Uma hipótese é o conflito entre Tribunal Constitucional e Poder Judiciário, especialmente no âmbito da aplicação e interpretação constitucionais.

Esses atritos passaram a ser observados na maioria dos sistemas, por força da sobreposição da jurisdição constitucional à jurisdição comum, no que se tem considerado uma desconfiança na magistratura ordinária, que tem suas decisões revisitadas pelo Tribunal Constitucional. É necessário, pois, como acentua Tremps (1985, p. 204, tradução nossa), “(...) a busca de vias de coordenação e inter-relação entre Poder Judiciário e Tribunal Constitucional através de técnicas processuais que assegurem a unidade interpretativa e garantam a segurança jurídica”.

Outra possibilidade consiste no conflito entre Tribunal Constitucional e Poder Executivo. Diversas decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional levam em consideração aspectos políticos de seus efeitos. Assim foi a mudança de inclinação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte no caso das leis do *New Deal*. Esse

talvez seja o caso mais célebre da História dos Tribunais Constitucionais, tendo ficado evidente que há um elemento político que atua no processo desenvolvido pelo Tribunal Constitucional. E essa função, assim exercida, é, patentemente, uma função arbitral, na medida em que determinada decisão esteja orientada para manter a governabilidade.

Outrossim, em variadas situações o conflito também poderá projetar-se entre o Tribunal Constitucional e o Poder Legislativo. E isso ocorre não pelo controle das leis (caso de função nitidamente estruturante), mas sim pela relutância deste último em observar o marco definido por aquele, no exercício da função interpretativa, estruturante, governativa ou puramente arbitral.

As chances de um atrito são grandes quando o Tribunal faz emanar decisões que devem ser diretamente observadas pelo Poder Legislativo, como quando “reduz” o campo de atuação de determinada Casa Legislativa (em virtude de repartição federativa de competências) ou quando indica a interpretação adequada da norma constitucional (para fins de posterior atuação legislativa). Na eventualidade de concretizar-se esse embate, a solução que o sistema apresenta é a coerção do Legislativo, que deve ater-se às decisões advindas da Justiça Constitucional, o que pode gerar profunda crise institucional, irrompendo as discussões acerca da legitimação democrática.

A função arbitral tem, ainda, relevo para o *controle dos partidos políticos*. Justifica sua abordagem publicista no contexto da Justiça Constitucional a circunstância de serem instituições inseparáveis do constitucionalismo democrático. Não se pode ignorar a importância que essas *associações privadas com funções constitucionais* (CANOTILHO, 2000, p. 313) assumem no contexto do “poder”. Diante disso, é inevitável a necessidade de considerar arbitral a posição do Tribunal que solucione os conflitos envolvendo questões partidárias (limites de atuação).

Por fim, os tribunais constitucionais são reconhecidamente o foro mais adequado para o desenvolvimento da função de *garante do equilíbrio entre territórios autônomos* dentro de um mesmo Estado. Como realça Kelsen (1928, p. 58), “(...) a proteção deste limite constitucional das competências entre Confederação e Estados-membros é uma questão política vital, bem sentida como tal no Estado federativo, onde a competência sempre dá lugar a lutas apaixonadas”. A atuação de um Tribunal federal, nessa matéria, permite que se promova uma harmonização do entendimento acerca das competências de cada entidade integrante do Estado (CATINELLA, 1934, p. 50).

O conflito entre entidades territoriais pode ocorrer no plano normativo ou no plano executivo (material). Ambos são espécies próprias da função arbitral. Nos regimes federais, têm-se as controvérsias entre estados (*controversies between states*), mais agravadas que aquelas originadas de controvérsia entre territórios não autônomos, pelo que seu estudo e detalhamento têm sido uma constante da doutrina.

O controle federativo exercido pela função arbitral é, contudo, distinto do mero controle de leis, ainda quando aquele controle (federativo) incida (eventualmente) sobre leis, pois sua finalidade básica será a manutenção não de certa estrutura normativa, mas sim da estrutura federativa, surgindo a anulação da lei dessa preocupação primordial. Quando se desenvolve no plano material (não normativo), esse conflito entre entidades territoriais pode assumir variadas formas, entre as quais situam-se as discussões referentes aos limites dos territórios de estados federados e aquelas referentes às hipóteses de “intervenção federal”. De qualquer maneira, para se tornar sindicável pelo Tribunal Constitucional, o conflito entre entidades de uma federação deve constituir-se na linha demarcatória da Constituição.

E, se o Tribunal Constitucional é um tribunal da federação, é decorrência lógica que seus integrantes sejam indicados pelos es-

tados também. Essa é uma importante lição a se extrair da dissociação funcional aqui proposta. Reconhecendo-se a magnitude de uma função como a arbitral, com todos os seus consectários, fica mais realizável qualquer discurso que pretenda demonstrar a necessidade de que compareça o componente federativo na composição dos membros de um Tribunal Constitucional.

7.3. *Decisão de término constitucional do atrito*

A atuação do Tribunal Constitucional no âmbito da função arbitral deve promover um adequado equacionamento do atrito surgido, eliminando-o. A decisão, nesses casos, operará, inexoravelmente, uma interpretação constitucional para determinar os limites, os contornos precisos, constitucionalmente estabelecidos, para cada um dos poderes ou entidades envolvidas no conflito estabelecido. Esse tipo de decisão pode ser considerado uma decisão de interrupção (constitucionalmente estabelecida) do atrito entre as entidades constitucionais. Formará, ademais, um comando genérico aplicável indiscriminadamente para todas as situações futuras nas quais se pudesse repetir a mesma ocorrência.

8. *Função legislativa*

8.1. *Conceito de função legislativa*

Entende-se, para propósitos deste trabalho, como *função legislativa* o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral.

Função legislativa inovadora foi, por muitos, considerada própria e exclusiva atividade do legislador, cometida ao respectivo órgão (Parlamento). Reconhecia-se apenas a este a possibilidade de impor comandos válidos de maneira inaugural no sistema normativo. É o cenário que se pretende suplantado na atualidade.

No caso específico da Justiça Constitucional, os elementos que ainda poderiam

servir para traçar uma linha demarcatória espessa entre legislação e jurisdição desaparecem quase que plenamente. Pode-se dizer, contudo, que o Tribunal Constitucional não detém, entre suas funções, qualquer permissivo para invadir competências próprias do Poder Legislativo, como anota Gordo (1983, p. 54).

A função legislativa difere da função interpretativa, não obstante existir em ambas o caráter criativo (da perspectiva jurídica). A distinção decorre de vários fundamentos.

Basicamente, a função legislativa poderá ser uma função autônoma dos tribunais constitucionais (embora bastante limitada). Quer dizer que podem ser incitados a exercer essa atividade como finalidade última de um processo. E a função interpretativa, como ressaltado, é uma atividade instrumental e, nessa medida, desempenhada pelo Tribunal Constitucional quando do exercício das mais diversas funções, incluindo a atividade legislativa.

Outra importante distinção diz respeito justamente ao “patamar de lei”. Isso porque a interpretação promovida pelo Tribunal Constitucional, quando relativa à Constituição (já que, como se sabe, pode ser dirigida também à lei), apresenta, certamente, patamar (força) de norma constitucional, e não de norma legal. No exercício de função legislativa, em sentido estrito, o Tribunal Constitucional produz decisões com patamar de lei.

Nas decisões interpretativas, há uma coincidência de âmbitos materiais entre as decisões do Tribunal Constitucional e a de outros órgãos constitucionais, de maneira que o conflito se resolve em termos de hierarquia (e não de competência distinta – que no caso não há). Por essa e outras razões, considera-se que o *status* dessas últimas decisões só poderia ser o de norma constitucional.

Quando, por sua vez, o Tribunal Constitucional exerce sua função legislativa, é porque a recebeu diretamente da Constituição (fundamento constitucional), mas com essa

qualidade (*status*) de norma legal. Quer significar que sua decisão poderá ser afetada (alterada ou reformada), em algumas situações (como nos casos de normatização para superar os casos de omissão do legislador), por meio de lei ou emenda aprovada pelo próprio Parlamento.

Uma terceira peculiaridade da função legislativa em sentido estrito consiste no seu fundamento: uma partilha de competências. Ou seja, as decisões legislativas da Justiça Constitucional devem estar ancoradas em uma específica repartição de competências constitucionais. (i) Por vezes, há uma atribuição de competência sucessiva (na omissão do legislador, a competência transfere-se para o Tribunal Constitucional). (ii) Pode haver, contudo, uma atribuição direta de competência exclusiva (ao Tribunal Constitucional pertence o poder de editar normas sobre certas matérias, que ficam, nessa medida, subtraídas da esfera de atuação do legislador).

8.2. Espécies

A primeira das funções legislativas pontuais que se poderiam identificar em um Tribunal Constitucional refere-se à rara *competência legislativa em sentido estrito*. Ela ocorre quando a Constituição, ao estabelecer as competências legislativas de diversos órgãos e entidades (federativas, v.g.), contempla também o Tribunal Constitucional. Um exemplo de matéria cuja regulamentação lhe pode ser atribuída é a processual (CAPPELLETTI, 1993, p. 80-81.)

Ilustração dessa competência encontra-se na História constitucional brasileira, tendo a Constituição de 1967/69 cotemplado o Supremo Tribunal Federal com ampla competência normativa (MELLO FILHO, 1984, p. 272). Ficou determinado, no art. 119, § 3º, c, daquela Constituição, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer “c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal”. Nesses exatos termos, tinha-se

o Supremo Tribunal Federal legislando, legitimamente, em matéria processual. Essas normas eram veiculadas por meio de seu Regimento Interno.

A segunda atuação do Tribunal Constitucional de caráter legislativo ocorre no *controle preventivo de constitucionalidade*. É certo tratar-se de processo constitucional, mas sua natureza pré-positiva caracteriza-o mais fortemente como processo tipicamente legislativo, nada mais que um “estágio” neste (CAPPELLETTI, 1971, p. 5). Daí a preferência por inseri-lo na categoria das funções legislativas do Tribunal Constitucional. É a participação direta do Tribunal Constitucional, ao lado do Legislativo, no processo de formação das leis.

O sistema sempre reverenciado, quando se fala em controle preventivo da constitucionalidade das leis, é o francês. O Conselho Constitucional francês tem uma função preventiva que é impositiva (necessária), para o caso das leis orgânicas, e outra eventual, a cargo da provocação de certos órgãos ou autoridades, em matéria de ratificação de tratados internacionais e demais leis.

Desempenha também função legislativa o Tribunal Constitucional, quando do *controle das omissões* (lacunas normativas) inconstitucionais. Trata-se de superar uma lacuna legislativa inconstitucional, decorrente da negativa (objetivamente falando) parlamentar em atuar. A verificação dessa lacuna é condição para que atue o Tribunal Constitucional como órgão dotado da capacidade legislativa superveniente, provisória (superável por decisão posterior do Parlamento em legislar) e específica (pontual).

Duas conclusões são relevantes, para o presente estudo, quanto à omissão inconstitucional. (i) É certo que sua superação envolve produção legislativa. (ii) Essa produção não é fruto – como normalmente se afirma – de um processo interpretativo, mas sim de uma típica função legislativa. Sobre esse ponto, importa ressaltar que a realização da função legislativa, na perspectiva que aqui

se propõe (superação de lacunas), pressupõe o desenvolvimento prévio de uma função de controle. Isso não quer significar que se possam confundir ambas atuações. Tanto isso é verdade que a mera constatação da inconstitucionalidade por omissão não significa atividade legislativa, devendo o Tribunal, para caracterizar esta, prosseguir sua atividade e apresentar uma solução ao caso.

O Tribunal Constitucional atua, ainda, no exercício de função legislativa, quando profere *decisões aditivas, redutoras e substitutivas da legislação*. Nessas ocasiões, o Tribunal Constitucional atua para “corrigir” o legislador, que por vezes ter-se-á se equivocado (tendo como parâmetro seus limites constitucionais).

Contudo, como observa Canas (1996, p. 399-400), esse modo de proceder não pode se dar senão em situações especiais, sob pena de o Tribunal tornar-se um “manipulador” das normas emanadas do legislativo:

“(…) ele pode, designadamente, corrigir uma norma legislativa (ou outra) inconstitucional, quando essa norma estiver claramente heterodeterminada por normas da constituição. Ou seja: naqueles casos em que a constituição não deixa ao legislador nenhuma margem de conformação (ou liberdade ‘imaginativa’ [...]), ou deixa uma margem mínima, se aquele tiver contrariado a vontade constitucional, indo para além daquilo que ela lhe permitia”.

Finalmente, a *elaboração do próprio regimento* pelo Tribunal Constitucional deve ser compreendida como uma atribuição normativa. Trata-se de atividade normativa com força legislativa, de menor dimensão, mas sem que isso a descaracterize como propriamente legislativa. O fundamento constitucional dessa atividade atribuída ou reconhecida ao Tribunal pode ser considerado implícito (RUGGERI, 1977, p. 121). Basta verificar que, organizando o Tribunal Constitucional em certo sentido, suas fun-

ções serão exercidas de modo correspondente (PANUNZIO, p. 1970, p. 19).

Ao se falar em natureza legislativa, pode surgir a dificuldade de coordenar essa natureza com a idéia de “regulamento”, normalmente considerado fonte secundária do Direito, reportando-se a uma lei ou norma anterior e superior. Mas, considerando-se tanto o aspecto da inovação no sistema jurídico quanto a generalidade e abstratividade da norma, tem-se uma argumentação favorável à natureza legislativa desse instrumento. Outrossim, como sustenta Panunzio (1970, p. 123 et seq.), esse tipo de atividade, que vem qualificada como interna ao Tribunal Constitucional, conta, em realidade, com eficácia externa, o que ratifica o posicionamento afiançado anteriormente para esse regimento: atividade propriamente legislativa.

9. Função governativa

9.1. Distinções preliminares

A função de governo é considerada por muitos meramente política, como o fez Smend (1985, p. 221). No estágio atual, considera-se, contudo, mais adequado seu enquadramento como típica função jurídica de vertente política. Ainda que se pudesse falar em distinção entre Justiça e Governo (BLUNTSCHLI, 1885, p. 204), essa dualidade não pode ser incorporada organicamente (num mesmo órgão se poderá reconhecer o exercício de ambas).

É comum, contudo, a referência a uma função política (*merely or purely political questions*), querendo significar, com ela, em realidade, uma função política de governo ou, mais simplesmente, uma função de governo, por vezes sendo ambas expressões usadas como sinônimas (OLIVERIA, 1978, p. 20). Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em decisão relatada por Celso de Mello, tem-se a explicitação da idéia de que esse Tribunal desempenha “típica função política ou de governo” (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 1990, p. 3048).

Assim, governo e política têm sido idéias intrinsecamente associadas para fins de sua caracterização. Não obstante essa constatação, que inclui a positividade dessa proximidade, para parte da doutrina, a função política, na realidade, não se deveria confundir com a função de governo.

Verifica-se que *função política* é aquela que apresenta a *característica da discricionariedade*. É nesse sentido que em muitas ocasiões se atribui natureza política ao Tribunal Constitucional. Assume este uma linha de direção do país: “(...) na história atual esta instituição tem influenciado profundamente, para melhor ou pior, o curso da nação” (JACKSON, 1955, p. 22, tradução nossa). Quando se pretende destacar essa função governativa, objetiva-se justamente demonstrar a influência nas diretrizes da sociedade provocadas por uma instância decisória “para-Congressual”.

A *função de governo*, em conceito mais estrito que assim se procura adotar, seria aquela atrelada à *direção do Estado*, à *persecução de seus fins primários*, na acepção de Alessi (1966, p. 200-201), ou seja, o interesse próprio da coletividade.

Evidentemente que a maior parte dessa orientação encontra-se, no constitucionalismo atual, encartada nas próprias normas constitucionais, cabendo ao Estado apenas sua realização (e não a escolha dos fins). Em alguns casos, a discricionariedade chega mesmo a desaparecer. Dessa forma, se se pretender caracterizar os atos políticos como os atos discricionários, evidentemente que nem todos os atos de governo serão necessariamente atos políticos nessa acepção da palavra, porque a maior parte encontra-se constitucionalmente determinada sem margem para a interferência da vontade do executor, ou com uma margem bastante reduzida (Cf. DI PIETRO, 1991, p. 93-97).

Há, ainda, outra sorte de limitação e de vinculação do Estado-governo que está naquela que Bökenforde (1993, p. 127-129) denominou função teórico-estatal dos direitos fundamentais:

“Se se atribui aos direitos fundamentais um conteúdo jurídico-objetivo na forma de normas-princípio, isto é, de mandatos de otimização com validade universal que transcende à relação Estado-cidadão, voltam então os objetivos estatais – que já se perdiam – como mandatos de atuação orientados para um fim e referidos a âmbitos materiais ou vitais de direito fundamental. Sua admissão e sua execução é constitucionalmente obrigada – com uma margem de configuração no tipo e modo de execução” (BÖKENFORDE, 1993, p. 128, tradução nossa).

Em síntese, a função de governo atuaria em campo mais restrito que a função política.

9.2. Tribunal Constitucional e governo de juízes

É opinião largamente aceita a de que a Suprema Corte norte-americana não apenas julga segundo a lei, mas entra no mérito da política legislativa, praticando então o que foi estigmatizado como “governo dos juízes”. Deve-se admitir, naquela máxima, uma carga de veracidade inclusive em sua aplicação ao Tribunal Constitucional.

A lei e os decretos presidenciais, como atos de governo por excelência, desde que puderam ser contrastadas pelo Tribunal Constitucional, carregaram a este a inexorável natureza governativa, expressa por meio de suas decisões.

Outrossim, se se considera a Constituição como um texto aberto, e que justiça e felicidade estarão melhor asseguradas pelo Direito não com tentativas de defini-las eternamente, mas antes atendendo a um processo governamental pelo qual suas dimensões sejam especificadas ao longo do tempo (ELY, 1998, p. 89), então é inevitável um órgão capaz de cumprir esse processo e conduzir isentamente às decisões finais. Se o papel é atribuído ao Tribunal Constitucional (GUERRA FILHO, 2000, p. 102-103), tem-

se, por consequência, que este Tribunal exerce esse processo governamental.

Pode-se estabelecer a capacidade governativa do Tribunal Constitucional especialmente porque a separação de “poderes” não pode ser compreendida, como visto, em termos rígidos, e a proteção dos direitos fundamentais opera mais por força de sua declaração do que da referida separação propriamente dita. A complexidade do Estado de Direito impede que se proponha e sustente uma visão “míope” da separação de poderes como limitativa da atuação governativa do Tribunal Constitucional.

Resta indagar se o Tribunal Constitucional pode assumir uma função governativa no sentido estrito apontado, e em que medida pode fazê-lo.

Na teoria de Gaudemet (1966, apud QUEIROZ, 1990, p. 104), com sua classificação binária, ter-se-ia, no Tribunal Constitucional, o reconhecimento do que o autor denominou “poder de controle”, um “poder de oposição política”, contraponto do poder político de ação e, nessa medida, certamente um contrapoder político. Ferreira Filho (1994, p. 12 et seq.), em sua análise das funções do Poder Judiciário, que se pode aplicar, parcialmente, às funções do Tribunal Constitucional, indica um controle de natureza *política*.

Não resta dúvida de que o Tribunal Constitucional deve atuar no âmbito de uma dimensão que se pode denominar “político”-governativa. Essa caracterização está reconhecida pelos autores (Cf. FERREIA FILHO, 2000, p. 4).

9.3. Identificação tópica da dimensão funcional governativa

No exercício da função arbitral, sendo-lhe franqueado determinar a competência dos demais “poderes”, o Tribunal Constitucional exerce uma função também de governo. Nessa seara, o Tribunal Constitucional acaba por impor certa abertura da política, porque admite diversos atores e seus argumentos. Com isso, o processo promo-

ve concomitantemente uma participação popular maior e, assim, um governo participativo.

Igualmente, ao preservar as minorias contra as maiorias, e impedir que estas governem isoladamente, inegavelmente tem-se no Tribunal o exercício de uma função de governo, no sentido de um governo aberto (que respeite a diversidade, as minorias, as oposições eventuais, o pluralismo). Evita-se, dessa maneira, o chamado modelo de Westminster, como o denominou Lijphart (1991, p. 22 et seq.), ou seja, o modelo de domínio puro da maioria. Essa é, indubitavelmente, uma função de governo que só pode ficar a cargo de um órgão neutro (em termos políticos).

De outra parte, quando ocorre o fracasso dos políticos (do Parlamento e do Executivo), ou quando há uma divisão de opiniões que impede a tomada de uma decisão, remete-se o problema para o Tribunal Constitucional (LIMBACH, 1999, p. 93). Isso é uma decorrência da supremacia constitucional e do poder de controle atribuído ao Tribunal Constitucional (RODRIGUES, 1991, p. 13).

A ameaça de recorrer ao Tribunal Constitucional costuma ser seriamente considerada pelo círculo político na tomada das decisões (LIMBACH, 1999, p. 101-102). Evidentemente que essa situação “força” uma decisão política mais adequada, pelo temor de que se possa, com uma decisão “inadequada” ou “polêmica”, acabar por transferir o poder de governo para o Tribunal Constitucional. O “medo” dessa ocorrência afeta, certamente, a própria decisão a ser adotada, funcionando sempre como “mito” da repreensão do Tribunal Constitucional.

No exercício da função denominada estruturante e, especialmente, no controle da constitucionalidade das leis (função inaugural), manifesta-se, concomitantemente, a função de governo (LOEWENSTEIN, 1970, p. 314). No momento em que se estabelece um Tribunal com poderes de “nulificar” as leis (que é expressão de uma atividade pró-

pria de governo), é automático reconhecer-lhe, igualmente, a função de governo (ou *indirizzo politico*) ou, em um primeiro momento, uma função de “contragoverno”, que se deve assumir, enfim, como função de governo propriamente dita.

Essa função de governo decorrerá, igualmente, do controle de outros atos do Estado. Nessa hipótese, determinado ato praticado pelo Estado poderá ser extinto, ou mesmo substituído por outro (que tenha base direta na Constituição), por ação do Tribunal Constitucional. Disso resultará, inevitavelmente, uma modificação dos planos do poder responsável pelo ato, como o Executivo (SAENZ ELIZONDO, 1991, p. 45).

Sobre a conotação “política” da função de controle das leis, anotou Kelsen (1981, p. 241, tradução nossa):

“Quando o legislador autoriza o juiz a valorar, dentro de certos limites, interesses entre desiguais e a decidir o contraste em favor de um ou de outro, atribui-lhe um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que – seja puramente em maior medida – à legislação”.

A lei é, inegavelmente, um instrumento de governo (o ato de governo por excelência). Não se pode ignorar que são as leis do Legislativo aquelas que imprimem o sentido e alcance das diretrizes do Estado. Sua extinção, por qualquer órgão, implica um ato que será inevitavelmente considerado, da mesma maneira, exercício de uma função de governo.

No exercício de sua função interpretativa, o Tribunal Constitucional inegavelmente adota ações de governo. Isso está identificado por Ferreira Filho (2000, p. 4), quando observa, relativamente à Justiça Constitucional, que: “(...) na interpretação sempre se insinuam elementos ideológicos, portanto, posições políticas”.

Outra participação governativa do Tribunal Constitucional, que merece também destaque, ocorre quando este define os di-

reitos fundamentais e os protege. Em sua definição, acaba por definir também quais as práticas permitidas e quais as exigidas do Estado. Na proteção, que ocorre especialmente por meio da função cassatória, o Tribunal Constitucional define quais as condições que devem ser implementadas pelo Estado para permitir efetivamente o exercício dos direitos fundamentais declarados.

Não se trata, aqui, de exigir o cumprimento de direitos fundamentais na concepção de liberdades públicas, nem de desenvolver sua interpretação ou integração, mas sim de exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarado. Vislumbra-se, pois, nessas circunstâncias a presença de uma função tipicamente governativa, porque o Tribunal Constitucional acabará por determinar os âmbitos de atuação exigíveis do Estado.

Pode-se reconhecer, por fim, dentro desse contexto, a possibilidade de que o Tribunal Constitucional proceda a um controle da oportunidade (de um ato, de uma lei, de uma determinação normativa) em face das finalidades primárias consagradas na Constituição. Assim, embora a decisão se insira normalmente no quadro próprio do Executivo, este, em virtude das circunstâncias de fato nas quais operará a determinação, acaba por viciá-la (DUVERGER, 1948, p. 137).

9.4. Função governativa: consequências e limitações

Pode-se vislumbrar duas conseqüências do exercício, pelo Tribunal Constitucional, de funções próprias de governo. Primeiramente, assinala-se que o Tribunal Constitucional (i) desenvolve função governativa e (ii) está franqueado o acesso de qualquer interessado, então (iii) promove uma participação popular no poder por meio do acesso à Justiça Constitucional. Surge, nesse ponto, para o Tribunal Constitucional, um aspecto mais democrático (efetivamente democrático) do que geralmente admitido para

os demais “poderes”. Isso se manifesta, com maior intensidade, quando se constata que há uma função legislativa desempenhada pelo Tribunal Constitucional, para a qual a legitimação ativa permaneça a mesma legitimação geralmente admitida.

Em segundo lugar, poder-se-á sustentar, desde a premissa da função governativa, que o Tribunal Constitucional, quando existente, implicará a adoção de um sistema “misto” de governo, porque compartilhado o poder (de governo) entre órgãos que apresentam forma e natureza diferentes. O Tribunal Constitucional consubstanciará a parte não-eleita desse sistema, norteadas não por princípios políticos, mas por injunções jurídicas.

Em relação às suas limitações, como argumenta Cox (1976, p. 99), é inquestionável que o Tribunal atua no âmbito “político” (*rectius*: de governo), restando saber apenas em que grau pode fazê-lo. A atuação no âmbito funcional governativo, que pode implicar uma sorte de discricionariedade inevitável, não justifica o repasse ao Tribunal Constitucional da tarefa de dirigir o estado e as políticas legislativas.

Há, efetivamente, limites intransponíveis para o Tribunal Constitucional no exercício dessa categoria funcional específica: (i) não pode atuar de ofício; (ii) encontra-se circunscrito aos programas governativos constitucionalmente incorporados; (iii) deve respeitar, dentro da condicionante anterior, os âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”.

Mas, em virtude da especial posição que ocupa o Tribunal Constitucional no seio do Estado, ter-se-á, no tema aqui tratado, muito mais (como possibilidade) uma *self-restraint*.

10. Considerações finais

O estudo aqui realizado permite desenvolver a tese, extremamente sintética, de que a Justiça Constitucional se ocupa com a defesa (tutela) da Constituição, verdadeiro lu-

gar-comum na doutrina tradicional. Essa referência, apesar de sua generalidade, permite que se forme, de imediato, algumas idéias sobre o significado dessa tutela, mas também desencadeia uma série de equívocos e confusões teóricas. Daí a necessidade de seu esclarecimento, o que se realizou a partir da concepção de que as funções (fundamentais) representam esse detalhamento do núcleo central em torno do qual sempre se formou a idéia de Justiça Constitucional.

A verificação de que a Justiça Constitucional desenvolve tarefas para além do sempre referido e propagado controle da constitucionalidade das leis acaba promovendo certo impacto na (forma de) análise e aproximação de assuntos e preocupações também centrais à própria Justiça Constitucional. Assim é que os elementos do denominado processo constitucional objetivo e o tema, tão caro à teoria clássica, da legitimidade de um Tribunal Constitucional (envolvendo questões como o recrutamento de seus integrantes e o tempo máximo de exercício desse cargo) devem ser avaliados não apenas em função daquela tarefa de controle de leis, mas sim em contemplação a toda a gama de extensas funções exercidas (ou exercitáveis) pela instituição do Tribunal Constitucional, em consonância com a contemporânea teoria da Constituição.

O presente texto pretende contribuir para a ampliação dos horizontes da discussão nacional sobre os tribunais constitucionais (ou cortes supremas que exerçam também o papel de Justiça Constitucional), excessivamente centralizada no modelo “clássico”, que parece vislumbrar apenas o controle da constitucionalidade das leis, olvidando-se a discussão das demais funções essenciais da Justiça Constitucional, do fundamento e alcance de seu exercício.

Notas

¹ Por questões relacionadas à realidade brasileira, apenas o estudo da função “comunitarista”, ori-

ginalmente concebida e integrada nesta teoria (TAVARES, 2005), será deixada de lado neste ensaio.

² A função legislativa não pertence exclusivamente ao Parlamento, como na clássica teoria da separação dos poderes. Quando exercida pelo Tribunal Constitucional, embora apresentando a mesma denominação, distingue-se pelo motivo-finalidade e ganha conotação própria.

³ Não se deve confundir com atividade legislativa em sentido estrito, conceito aqui adotado para fins de identificação dessa categoria específica de função (adiante desenvolvida).

⁴ Os problemas de sua implementação no Brasil são discutidos em TAVARES (2005, p. 345-359).

⁵ No exercício da função de Corte de Cassação, o Tribunal Constitucional está habilitado a receber recursos contra violações de direitos constitucionais. A função cassatória de um Tribunal Constitucional justifica-se exatamente nesse ponto. Como anteriormente sublinhado, o Tribunal Constitucional não pode constituir-se em última corte de revisão de casos concretos. É necessário um elemento de conexão constitucional. Este surge precisamente com a tutela dos direitos fundamentais.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, n. 3, 2000.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1966. 1 v.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10º do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

ANGIOLINI, Vittorio. Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. In: _____. *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*. Torino: G. Giappichelli, 1998. (Quaderni del Gruppo di Pisa).

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 16, n. 1-2, dez. 1987.

BLACK JR., Charles L. *The people and the court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.

BLUNTSCHLI, M. *Le droit public général*. Tradução de M. Armand de Riedmatten. 2. ed. Paris: Librairie

rie Guillaumin, 1885. (Économistes et Publicistes Contemporains).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZOID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. 1 v.

CANAS, Vitalino. Tribunal constitucional: órgão de estratégia legislativa?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 27, n. 2, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000].

_____. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971.

_____. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lión Depetre. México: Facultad de Derecho; Unam: Fondo de Cultura Económica, 2001. (Sección de Obras de Política y Derecho).

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____. Prólogo. In: FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

CATINELLA, Salvatore. *La corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*. Padova: CEDAM, 1934.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o supremo tribunal federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COX, Archibald. *The role of the supreme court in american government*. Oxford: Oxford University, 1976.

DIÁRIO DA JUSTIÇA, Brasília, 20 mar. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DUVERGER, Maurice. *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica, 1986. (Collection Droit Public Positif, dirigée par Louis Favoreu).

ELY, Jonh Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1998.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 3, n. 131, jul./set. 1996.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986. (Jurídica Max Limonad, n. 1).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, out./dez. 1994.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro, e nº 9.992, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, abr./jun. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: IBDC/CB, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

JACKSON, Robert H. *The supreme court in the american system of government*. Cambridge: Harvard University, 1955.

- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Clássicos Políticos).
- JOACHIM FRIEDRICH, Carl. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática: en Europa y America*. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do judiciário: o Supremo Tribunal Federal na revisão constitucional de 1994: parte II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995.
- KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, abr./jun. 1928.
- _____. *La giustizia costituzionale: a cura di Carmelo Geraci: premesse di Antonio la Pergola*. Milano: Giuffrè, 1981. (Civiltà del Diritto, 41).
- LIJPHART, Arend. *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo*. Tradução de Elena de Grau. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991.
- LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n. 4, 2. sem. 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- MARQUES, José Frederico. *Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal*. 1961. 90 f. Dissertação (livre-docente de direito constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1961.
- McBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The MacMillan Company, 1948.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. 2 t.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- MURPHY, Walter F. *Congress and the court: a case study in the american political process*. 5. ed. Chicago: The University of Chicago, 1975.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- PADOVER, Saul K. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1964. (Clássicos da Democracia, 28).
- PANUNZIO, Sergio P. *I regolamenti della corte costituzionale*. Padova: Cedam, 1970. (Pubblicazioni dell'istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma, v. 18).
- PÉREZ GORDO, Alfonso. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997.
- PEREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998. (Temas Clave de la Constitución Española).
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Colección Estudios Constitucionales).
- PINTO ACEVEDO, Mynor. La competencia y la corte de constitucionalidad: documentação e direito comparado. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 71-72, 1997.
- PORRAS NADALES, Antonio J. Conflictos entre órganos constitucionales del estado y principio de división de poderes. *Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca*, Madrid, n. 52, jul./ago. 1986.
- QUEIROZ, Cristina M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: IBDC, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. (Coleção Jurídica).
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- RUGGERI, Antonio. *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*. Milano: Giuffrè, 1977. (Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, n. 103).
- SÁENZ ELIZONDO, Maria Antonieta. Algunas reflexiones sobre la naturaleza, función y significado de la jurisdicción constitucional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San Jose, n. 70, 1991.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: The Foundation, 2000. 1 v.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da constituição. *Direito Público*, São Paulo, v. 93, n. 4, 1993.

VIOLA, F.; ZACCARIA, G. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2001. (Manuali Laterza, 125).

WAHL, Rainer; WIELAND, Joachim. La jurisdicción constitucional como bien escaso. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 17, n. 51, set./dez. 1997.