



O CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA

MIXED CONSTITUTIONALITY CONTROL IN LATIN AMERICA

Gilsely Barbara Barreto Santana¹

RESUMO

A presente análise reflete sistematicamente sobre o controle misto de constitucionalidade na América Latina, localizando essa especificidade, a partir da mistura das tradições europeias e estadunidense nos países latino americanos, buscando abordá-la de forma analítica, contextualizando a especificidade identificada. Para tanto, inseriu-se o debate do controle de constitucionalidade, atinente a teoria constitucional, em uma espacialidade, a América Latina e seus desafios de legitimação política, social e jurídica, apontando algumas características, referências e reflexões de autores sobre essa experiência. Na análise percebeu-se que as experiências constitucionais conformaram o controle de constitucionalidade dos diversos países, estando inseridas como parte das respectivas histórias políticas e jurídicas. O método utilizado no artigo é a pesquisa bibliográfica (identificação, sistematização e proposições conceituais), por meio da revisão de literatura relativa ao tema. Ressalte-se a abordagem multidisciplinar, uma vez que procura articular um conjunto de aspectos atinentes ao jurídico (teoria constitucional, teoria processual e organização do estado).

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Misto; América Latina; Estado; Democracia

ABSTRACT

This analysis systematically reflects on the mixed constitutionality control in Latin America, locating this specificity, based on the mixture of European and American traditions in Latin American countries, seeking to approach it in an analytical way, contextualizing the identified specificity. To this end, the debate on constitutionality control was inserted, in relation to constitutional theory, in a spatiality, Latin America and its challenges of political, social and legal legitimation, pointing out some characteristics, references and reflections of authors on this experience. In the analysis, it was noticed that constitutional experiences shaped the constitutionality control of different countries, being inserted as part of their respective political and legal histories. The method used in the article is bibliographical research (identification, systematization and conceptual propositions), through a review of literature related to the topic. The multidisciplinary approach should be highlighted, as it seeks to articulate a set of legal aspects (constitutional theory, procedural theory and state organization).

Key-words: Constitutionality control; Mixed; Latin America; State; Democracy

1 – INTRODUÇÃO

No presente trabalho é apresentada uma reflexão sobre o controle misto de constitucionalidade na América Latina. Para contextualizar a temática, volta-se no tempo e

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), onde coordena o Grupo de Pesquisa “Constituir: Constituição e Política”. Email: gbsantana@uneb.br. Uneb, Campus I, Rua Silveira Martins, 2555, Cabula, Salvador, BA.





propõe-se a abordagem das tradições no controle de constitucionalidade, isto é, das tradições jurídicas europeia e estadunidense, constatando como as citadas tradições jurídicas se misturaram nos países latino-americanos, configurando o controle de constitucionalidade misto na América Latina.

O controle misto de constitucionalidade identifica que as experiências constitucionais respectivas foram construídas, bem como a teorização dessas experiências, conformando os constitucionalismos, isto é, olhares plurais sobre a experiência constitucional, destacando na pesquisa o aspecto regional ao invés de uma narrativa global.

Assim sendo, essa abordagem busca refutar a perspectiva de idealidade do modelo estadunidense (*Judicial review* – controle difuso) e do modelo austríaco (controle concentrado), reconhecendo a legitimidade e a historicidade dessas experiências mistas do controle de constitucionalidade na América Latina.

O método utilizado no artigo é a pesquisa bibliográfica (identificação, sistematização e proposições conceituais), por meio da revisão de literatura associada ao tema. Ressalte-se a abordagem multidisciplinar, uma vez que procura articular um conjunto de aspectos atinentes ao jurídico (teoria constitucional, teoria processual e organização do estado).

O artigo foi subdividido em tópicos que abordarão em seqüência, as tradições do controle de constitucionalidade, o panorama constitucional da América Latina e o controle misto de constitucionalidade, apresentando por fim as conclusões e referências.

2 – AS TRADIÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um instrumento jurídico que remonta inicialmente à experiência constitucional estadunidense, em 1803, com o famoso caso *Marbury versus Madison*² e posteriormente foi incorporado com seus acréscimos e especificidades a outras experiências constitucionais fora e dentro do continente americano.

A incorporação do controle à experiência constitucional europeia é descrita e analisada no Direito Constitucional, com destaque ao controle concentrado de constitucionalidade realizado por tribunais constitucionais, que remonta à experiência austríaca teorizada por Hans Kelsen, em 1920, e que posteriormente foi acrescido às experiências dos demais países europeus.

Apesar da referência à primeira metade do século passado, com as experiências austríaca, da antiga Tchecoslováquia e espanhola³, os tribunais constitucionais na Europa são

² Há antecedentes do *judicial review* no *Hayburn's Case* em 1792 e no caso *Hylton versus United States*, em 1796. Além disso, na publicação *Os Artigos Federalistas*, especificadamente na proposição de Alexandre Hamilton, no número 78 (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

³ Garcia Belaúnde analisa essas experiências afirmando “Por cierto, la creación de estos tribunales constitucionales (el austríaco y el checoslovaco en 1920 y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales español, de 1931), fue algo novedoso, pero no despertó seguimientos inmediatos. Aún más, no tuvieron buena fortuna. El austríaco funcionó regularmente hasta 1930, y con dificultad hasta 1933, en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó, emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por



experiências concretizadas no Pós-Segunda Grande Guerra, sendo que contemporaneamente estão presentes majoritariamente nos países da Europa⁴.

Ainda assim, cada país possui suas especificidades quanto ao controle de constitucionalidade, como acesso aos tribunais, os instrumentos processuais, o objeto das ações, etc., havendo muitas particularidades nas experiências espanhola, portuguesa, alemã e francesa, a título de exemplo.

Em que pese existir peculiaridades nos diversos países⁵, tem-se muitas vezes a construção da experiência constitucional europeia como uma realidade una. A Constituição se relaciona com um espaço e um tempo de um dado país, então se questiona a possibilidade de reflexão sobre a experiência constitucional europeia, sendo este um continente (uma região) composto por países com experiências constitucionais distintas.

A menção à experiência constitucional europeia é parte da busca ou da construção de uma identidade europeia em termos socioculturais e geopolíticos, sendo que isto não é algo novo historicamente, mas que talvez seja reforçado com a figura jurídica da União Europeia⁶.

Contudo, quando se menciona a experiência europeia, afirmam-se recorrências nos países europeus e em contraposição à experiência estadunidense marcada pelo controle difuso de constitucionalidade. Neste sentido, o controle concentrado de constitucionalidade exercido por tribunais constitucionais é a mencionada recorrência e contraposição⁷.

Considerando essa referência à Europa, a regionalidade por si só não determina a experiência constitucional de cada país, mas podemos observar, nas respectivas regionalidades, recorrências para possíveis análises. De outro modo, a busca de uma narrativa sobre a história constitucional na América.

Logo, além da experiência estadunidense, faz-se o exercício de refletir sobre possíveis recorrências nas experiências constitucionais dos respectivos países do continente americano⁸ e as referências analíticas decorrentes, especialmente quanto ao controle de constitucionalidade.

Em face das diferenças mencionadas e da especificidade da experiência constitucional estadunidense, refletir sobre um possível controle de constitucionalidade na(s) América(s) nos faz ater sobremaneira ao que denominamos de América Latina, os países do continente

inación en 1938. Y el español, instalado en 1933, abortó en 1936 con motivo de la guerra civil” (BELAÚNDE, 1999, p. 125).

⁴ O portal Europa Justice (<https://e-justice.europa.eu>) contém a estrutura e a descrição dos tribunais constitucionais no âmbito da União Europeia.

⁵ A Europa agrega 50 países independentes e 8 domínios, sendo o quarto continente em termos populacionais (11% da população mundial), detendo quatro das maiores economias do planeta, isto é, Alemanha (4º), Reino Unido (5º), França (6º) e Itália (8º).

⁶ A unidade europeia tem referências históricas remotas, com destaque no pós-guerra com o Tratado de Roma em 1948, a constituição da Comissão Europeia, por meio do Tratado de Bruxelas, em 1965, sendo que União Europeia atualmente compreendida foi criada com o Tratado de Maastricht, em 1993. A União Europeia agregou 28 países, sendo que o Reino Unido está concretizando o processo de saída (Brexit).

⁷ No livro *La Jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, de María Ángeles Ahumada Ruiz (2005), é realizada uma análise singular acerca dos diálogos e possíveis influências entre a experiência estadunidense e a europeia, flexibilizando a noção de experiências contrapostas.

⁸ O continente americano é composto contemporaneamente por 35 países independentes e 18 áreas consideradas domínios de outros países soberanos, sendo o segundo maior continente do planeta (14,2% da população mundial), agregando três das maiores economias do mundo, isto é, Estados Unidos, Brasil e Canadá.



americano que falam oficialmente as línguas de base latina, isto é, o espanhol, o português e o francês.^{9 10 11}

A América Latina vai além de uma referência linguística, sendo uma construção geopolítica, com controvérsias e disputas sobre o seu significado e ou apropriação do seu conceito ao longo da História¹².

Focalizar a América Latina pressupõe que nesta análise das Américas, exclui-se uma parte da Anglo América, distinta dos Estados Unidos, que diz respeito a um conjunto de 14 países¹³. Ainda com a redução e possível exclusão, têm-se a dificuldade de refletir sobre a história constitucional dos vinte países que representam essa América Latina, obrigando-nos a um olhar panorâmico.

3 – PANORAMA CONSTITUCIONAL DA AMÉRICA LATINA

A história constitucional dos países que compõem a América Latina diz respeito há aproximadamente 200 (duzentos) anos de história, compostas de grandes acontecimentos (data da independência, constituições existentes, formatação da estrutura jurídica, etc.), mas também a relação e a interação de diversos sujeitos sociais (Estados, partidos políticos, movimentos, grupos sociais e econômicos, homens e mulheres conhecidos e desconhecidos), que conformam um leque de outros acontecimentos (revoltas, golpes, governos, revoluções, etc.). De outro modo, os textos constitucionais são elaborados e significados em contextos com suas especificidades.

O artigo *O constitucionalismo latino-americano e a codificação no século XIX*, de Hector Gross ESPIELL, analisa o nascedouro no século XIX do constitucionalismo na América Latina, partindo do pressuposto que o Direito é um elemento essencial da realidade aplicada e que deve ser considerada em qualquer análise sobre as sociedades e seus períodos históricos, sob pena de incompletude (ESPIELL, 2002).

Assim, para o citado autor, a independência e a organização nacional dos países latino-americanos no século XIX não podem ser compreendidos sem contemplar a dimensão constitucional, as codificações e o direito consuetudinário que foi aplicado especialmente pelas populações indígenas, à margem da estrutura jurídica oficial.

Quanto à independência dos países da América Latina, frisa-se no constitucionalismo nascente que a forma republicana foi majoritariamente adotada, mas não significou rompimento com a sociedade agrária anterior, nem mudança de titularidade das elites, sendo repúblicas representativas e eleitorais, mas não democráticas.

⁹ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Haiti, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

¹⁰ Discute-se a participação de domínios franceses na América e Caribe (Guadalupe, Guiana Francesa, Martinica, São Bartolomeu e São Martim) por não se constituírem país.

¹¹ Debate-se a inclusão de Belice (país anglofalante com forte presença do espanhol), os domínios falantes do espanhol nos Estados Unidos (Porto Rico e Ilhas Virgens) e a região francófona do Canadá.

¹² Para exploração desse horizonte de significados geopolítico sobre a América Latina, recomenda-se o texto *Colonialidade do poder e os desafios da integração regional na América Latina*, de Carlos Walter Porto Gonçalves e Pedro de Araújo Quental (2012).

¹³ Barbados, Canadá, Trinidad e Tobago, Jamaica, Granada, Suriname, Domínicia, Santa Lúcia, Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas, Bahamas, São Cristóvão e Nevis, Belize e Guiana.



No eran gobiernos democráticos, y no podían serlo plenamente:, porque se partía de la existencia de Estados confesionales, católicos, sin reconocimiento o con limitadísimo reconocimiento de la libertad de cultos. A esto se agregaba que los derechos políticos estaban condicionados por el «status» laboral, o por la situación económica, por el analfabetismo y, naturalmente, por el sexo. El sufragio universal, sin exclusiones ni discriminaciones, no era lago reconocido en el inicial Constitucionalismo latinoamericano. Pero esto era lo normal en el Derecho constitucional comparado universal de la primera mitad del siglo XIX (ESPIELL, 2002, p.146).

Buscando investigar o sentido do constitucionalismo inicial no continente, o autor destaca a inovação do caráter normativo do texto constitucional e que a recepção de tal ideia na América Latina era vista pelas elites políticas como uma participação no mundo moderno e civilizado, havendo um grande idealismo em torno das constituições e uma tensão entre ser e dever ser (ESPIELL, 2002).

Assim, algumas características são elencadas como igualdade era concebida como igualdade jurídica. Houve na estrutura de Estado tanto Estados federais como unitários, sendo este predominante, além disso, a alternância dos titulares do governo era afirmada, mas houve muitos golpes e longa permanência no poder. O princípio da separação dos poderes foi assegurado, mas se destaca o predomínio do Poder Executivo¹⁴, sendo assegurado ao Poder Legislativo a função legislativa e a regulação da reserva de lei. Apesar das garantias formais nas constituições, a instabilidade é a marca do constitucionalismo inicial na América Latina (ESPIELL, 2002).

O autor também debate a tensão entre ser e dever ser, ou seja, havia uma grande distância entre as normas constitucionais e as realidades políticas dos países latino-americanos, afirmando a descontextualização, mas reconhecendo a importância como horizonte para estabelecimentos de Estado de Direito, agregando um aprendizado institucional, social e político para ambiência republicana e democrática, ressaltando as contradições gritantes referentes à questão da escravidão, o tratamento diferenciado aos povos negros e a invisibilização das populações indígenas, em face das constituições liberais do século XIX e começo do século XX (ESPIELL, 2002).

O livro *A sala de máquinas da Constituição: dois séculos de constitucionalismo na América Latina (1810-2010)*, de Roberto Gargarella, é uma obra ampla que se propõe a refletir sobre o constitucionalismo regional, observando recorrências e possíveis sínteses analíticas a partir da história constitucional da América Latina.

O livro foi motivado por dois desconfortos do autor quanto ao constitucionalismo regional. Primeiro, o fato do constitucionalismo americano com sua longa e rica história não ter sido objeto de sistemática análise acadêmica ou da atenção pública. Segundo, a abordagem do constitucionalismo latino-americano focado nas reformas recentes, priorizando a questão dos direitos em detrimento da organização do poder (GARGARELLA, 2013).

Quanto à primeira inquietação, o autor identifica que, apesar da teoria constitucional vigente ignorar, os latino-americanos enfrentaram problemas jurídicos e políticos originais e significativos, dentre outros exemplos possíveis, como o debate acerca da importação do

¹⁴ O predomínio do poder Executivo tem referências no constitucionalismo inicial relatado, mas é reafirmado nas análises hodiernas do constitucionalismo latino-americano, ao se identificar certa hipertrofia do Executivo ou hiper-presidencialismo, em face da construção acerca da separação de poderes. Confirma Gargarella (2013) e Roa (2019).



direito estrangeiro e a conciliação com o existente, o pioneirismo na inclusão dos direitos sociais, os desafios do presidencialismo adotado na região, a relação entre religião e Estado laico, a presença ameaçadora de forças majoritárias e a questão do pluralismo e multiculturalismo (GARGARELLA, 2013).

Quanto à segunda inquietação, o autor utiliza a metáfora da “sala de máquina” para explicitar a centralidade da organização dos poderes em um texto constitucional, afirmando que, ao longo da história constitucional latino-americana, houve um processo de democratização via expansão de direitos, especialmente com as reformas recentes, mas que a concentração e o centralismo autoritário se mantiveram na organização do poder, concluindo que a sala de máquina esteve fechada. Por conseguinte, há conflitos entre as demandas sociais geradas em nome dos direitos e o sistema concentrado de poder (GARGARELLA, 2013).

Para analisar os duzentos anos (1810-2010) de história constitucional, o livro é dividido em cinco períodos históricos-chaves. O primeiro período corresponde aos anos 1810-1850 que compreende a ocasião das independências. O segundo refere-se aos anos 1850-1890, considerados anos fundacionais, cujas principais constituições da região foram escritas e que possuem a matriz institucional do constitucionalismo latino-americano com a estruturação legal pós-colonial. O terceiro período diz respeito aos anos 1890-1930, com a presença das ideias positivistas e a quebra com a ordem legal pós-colonial. O quarto é de 1930 até meados do século XX e se refere ao constitucionalismo social, com a entrada da classe trabalhadora na política e projetos constitucionais que buscam contemplar a questão social. Por fim, o quinto e último período corresponde ao final do século passado e começo desse século, denominado de *novo constitucionalismo latino-americano*, com as reformas que expandiram os compromissos sociais das constituições, mas mantiveram o velho modelo autoritário de concentração política intocável (GARGARELLA, 2013).

O foco da análise de Roberto Gargarella é a organização do poder no constitucionalismo latino-americano, mais especificamente a crítica a um Poder Executivo hiper-dimensionado e territorialmente concentrado. Neste momento, como o objeto da nossa reflexão é o controle de constitucionalidade, a referência a Gargarella foi para contextualizar o constitucionalismo latino-americano, de outro modo, delimitar que há especificidades e recorrências locais e regionais que relativizam uma narrativa única acerca do constitucionalismo.

O Constitucionalismo agrega as experiências constitucionais e a teorização das mesmas, logo inexistente historicamente no singular, sendo constitucionalismos no plural ou movimentos constitucionais nos termos utilizados pelo constitucionalista português Joaquim Canotilho (1997). Assim sendo, afirma-se a importância da historicidade no debate do constitucionalismo, como na obra *Constituição na vida dos povos*, de Dalmo de Abreu Dallari, em que expõe:

Um novo pensamento constitucional, que passou a ganhar influência a partir da segunda metade do século XX, vem restabelecendo os vínculos da Constituição com os fundamentos éticos e históricos do Constitucionalismo. Para que essa renovação do pensamento constitucional afaste os formalismos e vá aos verdadeiros fundamentos da Constituição é absolutamente indispensável ir muito além dos limites até aqui adotados pela quase totalidade dos constitucionalistas, que tomam a Revolução Francesa como ponto de partida. O constitucionalismo começa muito antes disso, e é necessário romper essa barreira para colher na história os verdadeiros fundamentos do constitucionalismo (DALLARI, 2010, p. 12).



Nesta mesma perspectiva, Mauricio Fioravanti, em seu livro clássico sobre a história constitucional, refutando a perspectiva evolucionista, afirma inexistir uma história linear do constitucionalismo que inicia na antiguidade e em tempos medievais e culmina com os resultados modernos e contemporâneos, afirmando “que tenha existido várias doutrinas da Constituição, com a intenção sempre recorrente, de representar no plano teórico a existência, a necessidade, de uma Constituição, de um ordenamento geral da sociedade e dos seus poderes” (FIORAVANTI, 2001, p. 12).

A fim de mapear a questão do controle de constitucionalidade e suas peculiaridades na regionalidade da América Latina, a opção foi catalogar algumas referências escolhidas como chaves¹⁵ de cada país, estes dispostos por localização (América do Sul, América Central e América do Norte). Ressaltem-se os limites da redução das histórias constitucionais em referências chaves, mas olhar panoramicamente tem-se amplitude, mas sem profundidade.

Esse panorama constitucional da América Latina aponta que, no horizonte de 20 (vinte) países observados, contemporaneamente o modelo predominante do controle de constitucionalidade é o misto, com exceções da Argentina, Uruguai, Costa Rica e Cuba, confirmando a afirmação de alguns autores sobre tal peculiaridade na América Latina.

Ocorre que, como as experiências constitucionais são dinâmicas, a exemplo das novas constituições em Bolívia e Equador, além das mudanças constitucionais recentes em Cuba, e o processo constituinte em curso no Chile, as fontes indiretas sobre a temática se desatualizam, sendo necessário cotejá-las com as novas realidades.

Ressalte-se que, embora o controle misto tenha se desenvolvido e ampliado no século XX na América Latina, em concomitância às consolidações da experiência americana do controle difuso e a europeia do controle concentrado, as informações sobre o aquele estão ausentes das obras dos teóricos tradicionais do constitucionalismo, o que explicita os limites do constitucionalismo global, que muitas vezes o reduz o constitucionalismo a uma narrativa das experiências constitucionais estadunidense e dos países europeus.

A título de exemplo das ausências anteriormente aludidas, mencionaremos duas obras clássicas sobre o tema, a denominada *O controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, de Mauro Capelleti (1992)¹⁶ e *Jurisdição Constitucional*, de Hans Kelsen (2003).

A obra de Kelsen, a edição brasileira, é uma tradução do livro *La giustizia costituzionale*, publicada em Milão, em 1981, que contém a famosa exposição *Jurisdição Constitucional*, proferida no Instituto Internacional de Direito Público, em 1928, bem como debates seguintes. Não há menção na obra ao controle misto de constitucionalidade, em parte contextualizável pelo período histórico, mas nenhuma menção é feita no prefácio a edição brasileira.

A obra de Cappelleti é uma tradução da versão italiana do título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 1968, que consiste na reelaboração de conferências feitas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional

¹⁵ Referências-chave são como data da independência, número de constituições, vigência da última Constituição, forma de Estado, sistema de governo e configuração do controle de constitucionalidade.

¹⁶ A segunda edição brasileira data de 1992, mas a primeira é de 1984.



Autônoma do México em 1965. Embora mencione a importância do mandado de segurança brasileiro e juízo de amparo mexicano, tratando-se de uma obra de direito comparado, mas a mesma não analisa a especificidade do controle misto em muitos países da América Latina, apontando apenas o desafio da importação do controle difuso em países de tradição no *civil law* (CAPELETTI, 1992).

Talvez diante das mencionadas ausências, autores latino-americanos e outros fizeram análises do controle de constitucionalidade na América Latina, como as reflexões publicadas no *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*¹⁷ e *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*¹⁸ ao longo dos anos.

A obra coletiva *La Jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, organizada pelo Domingos Garcia Belaúnde e Francisco Fernández Segado, em 1997; além de textos individuais dos respectivos autores, bem como escritos de Humberto Nogueira Alcalá (2005), Néstor Pedro Sagués (2008), Nobert Losing (2002), dentre outros que serão dimensionados nos itens seguintes.

4 – O CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE

O misto diz respeito à mistura da experiência do controle difuso (experiência estadunidense) e do controle concentrado (experiência europeia), sem esquecer o controle político delegado da experiência francesa, que marcou inicialmente a história constitucional de muitos países, estando ainda presente na experiência cubana.

Os termos dessa mistura são explicitados nas experiências constitucionais de cada país, com mudanças institucionais e reposicionamentos temporais, a título de exemplo, como muitos países iniciaram com o modelo difuso, como no caso da Argentina e do Brasil, mas este fez uma mudança significativa com a Constituição de 1988, fato não ocorrido na Argentina.

O histórico dessa construção do controle misto esteve relacionado também às influências sociopolíticas externas e como os poderes constituídos locais absorveram e constituíram o novo. Quanto às influências externas na formatação do controle de constitucionalidade, vejamos a análise de Belaunde:

En lo referente al modelo sajón de control constitucional, ha pasado lo mismo. La institución se ha incorporado y desarrollado con perfiles propios, lo que hace pensar que en materia de control constitucional (empleamos este término en sentido general) ha habido un desarrollo que podríamos tímidamente calificar de original, y que tiene algunas características que lo hacen peculiar y diferente de sus orígenes, si bien, *grosso modo*, puede sostenerse que nos mantenemos en el modelo americano o europeo, según

¹⁷ É uma revista do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales do Governo da Espanha, com primeira publicação em 1997, em regime anual e, a partir de 2019, em regime semestral, totalizando vinte e cinco publicações. Todas as edições estão digitalizadas, com acesso livre, sendo um meio de observação como os juristas dos diversos países retrataram e analisaram as respectivas justiças constitucionais. Para mais informações, acesso o *site* <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/archive>.

¹⁸ É uma revista do Instituto Iberoamericano de Derecho Processal Constitucional, com publicações a partir de 2004, reunindo publicações e referências acerca do processo constitucional.



sea el caso, pero pudiendo distinguir al interior de cada uno de ellos, cierta peculiaridad en su desarrollo y adaptaciones (BELAUNDE, 1999, p. 129).

Noberto Losing, ao abordar a jurisdição constitucional na América Latina, destaca a contribuição do Direito Constitucional Europeu, especialmente as experiências do Tribunal Constitucional Alemão (1949) e Espanhol (1979) (LOSING, 2002).

As influências são atribuídas porque os clássicos alemães do Direito Constitucional foram traduzidos na Espanha e difundidos na América Latina e a existência de cooperação internacional nas reformas legais. Além disso, os mencionados países tiveram suas justiças constitucionais estruturadas após vivências de sistemas totalitários, sendo referências para como uma jurisdição constitucional especializada acompanha e estrutura o desenvolvimento democrático dos países (LOSING, 2002).

Quanto à construção do novo, ou melhor, do próprio, refuta-se a ideia de mera importação, mas uma construção com influências diversas, vejamos:

Además de la Suprema Corte y el sistema del control constitucional difuso de los Estados Unidos de América, que sirven de modelo especialmente para las constituciones latinoamericanas del siglo 19 y de la primera mitad del siglo 20, en las nuevas constituciones a partir de la segunda mitad del siglo 20 se reconocen las influencias se han mezclado con los sistemas de control constitucional desarrollados en los Estados latinoamericanos, y esto a conducido en parte a lo que se conoce como el sistema de control constitucional paralelo o mixto. A pesar de la rápida expansión de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica en los últimos años, no se trata del simple traslado de los modelos europeos (aun cuando estos han influido considerablemente), sino de un desarrollo del propio derecho constitucional, en forma congruente y escalonada (LOSING, 2002, p.35).

O controle misto na América Latina não é um padrão igual nos vários países, mas uma referência conceitual que abriga uma diversidade de formas de controle formatadas nas experiências constitucionais de cada país, vejamos:

Sin duda que estos sistemas “mixtos” o “duales” expresan una “creatividad” que trasciende la mera incorporación mecánica de los modelos “clásicos” de control “difuso” o “concentrado”; revisten, además, especial interés de estudio por las peculiaridades que le son propias en cada caso nacional (EGUIGUREN PRAELI, 2000, p.66).

A compreensão desse direito constitucional próprio é um dos desafios do constitucionalismo latino-americano, conforme as reflexões de Roberto Gargarella, outrora mencionado e outros autores os quais essa pesquisa busca se alinhar¹⁹, demandando investigações acadêmicas que delimitem as possíveis influências externas, mas também mostrem as especificidades, considerando a experiência de duzentos anos de constitucionalismo.

¹⁹ O artigo *(Des)caminhos teóricos e metodológicos para uma teoria constitucional a partir da América Latina* é um tentativa de articular essas ideias (SANTANA, 2020).



Francisco Fernández Segado faz este caminho teórico ao elaborar uma narrativa e uma síntese histórica das diversas influências externas e a conformação do modelo misto na América Latina. O autor divide a narrativa em quatro fases: o controle político de constitucionalidade, a recepção e difusão do controle judicial, o monopólio da Corte Suprema e os primeiros tribunais constitucionais latino-americanos.

Durante o período colonial, os países da América Latina tiveram a vigência dos instrumentos jurídicos das metrópoles, pois estes eram países (Espanha, Portugal e França) com tradição romanista, isto é, alicerçada no sistema jurídico *civil law* que possui centralidade no texto normativo escrito (SEGADO, 1999).

Com a independência estadunidense no final século XVIII, os demais países em luta por independência na América, quando a alcançaram no começo do século XIX, seguiram o modelo estadunidense quanto às instituições políticas e jurídicas, em destaque para o presidencialismo, a república e o federalismo (SEGADO, 1999).

Ressalte-se também a influência da experiência francesa com sua revolução (1789-1799), por meio da afirmação da centralidade política do parlamento e das leis, fato reiterado com o posterior movimento de codificação com o Código Civil Napoleônico, bem como a própria experiência da República. Neste sentido, o controle de constitucionalidade iniciou na América Latina com o controle político, reafirmando a centralidade do parlamento da experiência francesa (SEGADO, 1999).

Posteriormente, a segunda fase, o controle difuso foi incorporado nos países da América Latina a partir da influência estadunidense, na segunda metade do século XIX, sendo que a menção inicial é a Carta mexicana de Yucatán, 1841, com distinções em relação ao *stare decisis* americano, destacadamente com o princípio da desaplicação concreta da lei²⁰, contudo há antecedentes do controle difuso na Constituição da Venezuela de 1811 e o Estado da Guatemala²¹, por meio de uma Declaração de Direito e um decreto posterior, respectivamente em 1837 e 1838 (SEGADO, 1999).

A referência é a segunda metade do século XIX, ressaltando que países como Peru, Chile e o Uruguai incorporaram tardiamente o controle difuso (SEGADO, 1999). Contudo, como expõe Garcia Belaúnde, o controle de constitucionalidade nos EUA, o *judicial review*, embora seja relacionado ao caso *Marbury vs Madison*, em 1803, mas esse só foi novamente invocado, em 1857, no caso *Dred Scott vs Sandford*. Assim sendo, o autor ressalta que o *judicial review* passa a ter importância no final do século XIX, consolidando no período do governo Roosevelt²² (BELAÚNDE, 1999).

²⁰ Não obrigatoriedade dos juízes e tribunais inferiores seguirem as decisões dos tribunais superiores.

²¹ O Estado da Guatemala não era independente, mas parte da República de Centro América, com Constituição em 1824 (SEGADO, 1999). Ressalte-se, nesta informação histórica, a importância da inovação legislativa de um ente federado.

²² Discute-se muito o caso *Marbury versus Madison*, do controle difuso americano, mas na Argentina o texto constitucional não havia a fixação do controle de constitucionalidade e o esse foi construído jurisprudencialmente a partir do julgamento do caso *Sojo versus Câmara dos Deputados da Nação Argentina*, em 1887, sendo que na reforma constitucional, em 1994, o controle difuso passa a integrar expressamente o texto constitucional. Para informações sobre o caso *Sojo*, consultar a decisão no Sistema Argentino de Información Jurídica- SAIJ, em <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sojo-eduardo-recurso-habeas-corporus-fa87001154-1887-09-22/123456789-451-1007-8ots-eupmocsollaf?>



O *judicial review* foi incorporado às realidades jurídicas da América Latina, que estavam estruturadas na tradição portuguesa e hispânica, isto é, romano-canônica, sendo que o controle difuso teve que ser adaptado a essa realidade. Pondera-se que até a Argentina, que é considerada um país mais próximo da experiência americana, possui diferenças e especificidades daquela, assim sendo, Francisco Segado afirma:

El rasgo diferencial que advertimos no hace sino corroborar el dato incontestable de que, por lo general, ningún modelo jurídico se apega al modelo original, sino que, a partir del mismo, se lleva a cabo un diseño que no es sino una adaptación a las propias realidades políticas, sociales y culturales, surgiendo de esta forma, y de modo progresivo, modelos derivados (SEGADO, 1999, p.430).

A experiência do controle concentrado remonta à Europa, especialmente no Pós-Segunda Grande Guerra, com a afirmação dos tribunais constitucionais e o controle concentrado, em destaque, o Tribunal Alemão (1951) e os tribunais constitucionais pós a transição democrática em países como Espanha e Portugal.

Contudo, no que se refere à América Latina, as origens do controle concentrado residem no instrumento processual à ação popular de inconstitucionalidade, isto é, uma ação direta, aberta e pública dos cidadãos contra violações à Constituição. A ação pública de inconstitucionalidade tem precedentes na Colômbia em 1811²³ e consta na Constituição da Venezuela em 1858 e da Colômbia em 1910 (SEGADO, 1999).

Tudo isso antes de Kelsen e o que veio se denominar de modelo austríaco, sendo considerada por alguns autores a origem do controle de constitucionalidade abstrato. Tal elemento reitera o afirmado no início desse capítulo quanto aos limites do pretenso constitucionalismo global ao desconsiderar as especificidades regionais, ressaltando o contexto pós-independência na América Latina, com as peculiaridades dos desenhos constitucionais de cada país.

A ação popular de inconstitucionalidade na Colômbia e na Venezuela teve importância além de instrumento processual em si, mas por fixar a competência das Cortes Supremas de Justiça como guardião da Constituição. Outros países do continente, como Bolívia, Equador, Panamá, Uruguai e Cuba, também fixaram a competência em matéria constitucional para a Suprema Corte, na segunda metade do século XIX e início do século XX, configurando a terceira fase da narrativa de Francisco Segado, denominada de monopólio das Cortes Supremas, pois havia uma ampla competência destas, destacadamente nos casos do Panamá, Uruguai, Honduras e Cuba (SEGADO, 1999).

Há menção à experiência de Cuba, que a competência constitucional se mantinha no Tribunal Supremo de Justiça, mas, com a Constituição de 1940, foi criada uma sala exclusivamente constitucional, denominada de Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais, que possuía disposições constitucionais e infraconstitucionais, por isso sendo compreendida como o primeiro tribunal latino-americano ou embrião deste, embora não fosse denominado como tal (SEGADO, 1999).

²³ Os antecedentes remontam à Constituição da Cudinarquia, de 1811, considerada a primeira Constituição da Colômbia, sendo incorporada posteriormente no plano infraconstitucional e posteriormente na Constituição de 1910 (SEGADO, 1999).



Outros países da América Latina também incorporaram essas experiências, adentrando na última fase da narrativa de Segado, designada dos primeiros tribunais latino-americanos, compreendendo o período após a Segunda Guerra até o começo da década de oitenta do século vinte, vejamos a síntese:

El desarrollo de los tribunales constitucionales se inició en el Ecuador, siguiendo sucesivas experiencias en Guatemala (1965), Chile (1970) y el Perú (1979), país este último en donde el influjo español en la conformación del Tribunal de garantías Constitucionales, será patente.

Las dos últimas décadas han supuesto una verdadera eclosión de tribunales constitucionales en América Latina, generándose modelos de jurisdicción constitucional novedosos. Parece fuera de toda duda que la funcionalidad mostrada por los tribunales constitucionales en Europa en general, y en España en particular, en orden a la consolidación de Estados de Derecho asentados en valores materiales, entre los que los derechos y libertades ocupan un primigenio papel, ha tenido mucho que ver con la eclosión a que antes aludíamos (SEGADO, 1999, p. 42).

Após a década de 60 do século XX, o controle concentrado se amplia na região, seja por meio da fixação de competências nas Cortes Supremas, seja por meio da criação das salas constitucionais nas Supremas Cortes e também com a instituição de Tribunais Constitucionais.

Contemporaneamente, conforme o panorama do item anterior, temos Tribunais Constitucionais em Bolívia, Chile, México e República Dominicana, e cortes constitucionais em Colômbia, Equador e Guatemala. Ademais, instâncias judiciais superiores com atribuição constitucional, com nomes distintos, como Corte Suprema, Corte de Justiça, etc.

Jorge Ernesto Roa Roa, ao refletir sobre justiça constitucional na América Latina, afirma que no século XX, houve consolidação das formas de controle de constitucionalidade na direção de democracias constitucionais, identificando que os estados da região possuem órgão ou instâncias especializadas no controle de constitucionalidade apesar dos desenhos e meios de composição distintos, havendo controle de omissões legislativas, sendo referência mundial nas formas de acesso e abertura dos tribunais à cidadania, vejamos:

[...] en la región existen sistemas que incorporan la mayor apertura posible, mediante acciones que confieren la legitimación activa para demandar una ley a todas las personas naturales o jurídicas que habitan un Estado, como sucede en Venezuela; a todos los ciudadanos en ejercicio de los derechos políticos, como en el diseño institucional de Colombia, El Salvador, Nicaragua y Panamá. En algunos sistemas se exige al ciudadano que demuestre un interés legítimo o la potencial lesión de un derecho, como requisito previo para obtener la plena legitimación activa; éste sería el caso de Paraguay, República Dominicana y Uruguay. También hay sistemas que privilegian el acceso de grupos de ciudadanos que comparten la interpretación de una ley como contraria a su interpretación de la Constitución. En efecto, en Ecuador se habilita a un grupo de mil ciudadanos para que interpongan una demanda de constitucionalidad y, en Perú, el número se eleva a cinco mil, más la exigencia de un informe previo del Defensor del Pueblo.



Finalmente, en Brasil se permite el acceso al control de constitucionalidad a organizaciones sindicales, partidos políticos o asociaciones corporativas, siempre que demuestren una conexión entre sus funciones y el objeto de la norma que es sometida a contraste con la Constitución (ROA, 2019, p. 7).

O citado autor identifica três características da justiça constitucional na América Latina, isto é, heterogeneidade, abertura a cidadania e o contexto de hiper-presidencialismo e ativismo judicial (ROA, 2019). Trata-se de generalidade e cada país possui suas especificidades, seja na configuração do controle misto, seja como as respectivas institucionalidades expressam as características suprarreferidas pelo autor.

O panorama do controle misto na América Latina é amplo e complexo, com múltiplas possibilidades de análises comparativas entre os diversos países. A historicidade dos desenhos constitucionais, os papéis das cortes constitucionais, a relação com a esfera internacional (sistema interamericano de direitos humanos)²⁴, a legitimação social e política dos respectivos sistema de controle, etc.

Como previamente afirmado, cada país foi construindo e delimitando as especificidades do controle misto. Considerando a nossa problemática, e em face do exposto neste capítulo até então, o controle misto se perfaz na América Latina em contexto com organizações distintas do poder político. Os Estados Unitários são predominantes, havendo federação dentre os países de controle misto, apenas no Brasil, México e Venezuela, o que permitiria estudos comparados mais consistentes.

No caso brasileiro, no controle misto partimos do controle difuso, sendo agregado o controle concentrado, chegando ao momento atual de expansão da jurisdição constitucional concentrada e centralização no STF.

Em concomitância a configuração do controle misto de constitucionalidade nas diversas experiências constitucionais, a sistemática processual desenvolveu-se, inserindo em um campo de estudo que correlaciona Direito Constitucional com Direito Processual, denominado Direito Processual Constitucional e que há a proeminência do debate deste na região, tendo autores latinos americanos como referências teóricas.

5 – CONCLUSÕES

Os debates acerca do controle de constitucionalidade atravessam os Estados contemporâneos, especialmente porque as cortes constitucionais são atores sociais centrais e relevantes nas esferas públicas, levando a debates acerca da legitimação democrática.

Contudo, para melhorar contextualizar o debate, uma análise propriamente dita do controle de constitucionalidade, localizando as especificidades, ou seja, o controle misto de constitucionalidade e o processo constitucional, além de dimensionar o espaço e a temporalidade da América Latina nos respectivos temas.

As experiências constitucionais (constitucionalismo) conformaram o controle de constitucionalidade dos diversos países como parte das respectivas histórias políticas e

²⁴ A título de recomendação da citada interface, confira o texto *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*, de Marcelo Neves (2014).



jurídicas. Analisar o espaço, a partir do contexto da América Latina, nos faz observar as peculiaridades das distintas construções históricas, entendendo-as como experiências legítimas em sua historicidade ao invés de inautênticas ou imitações mal realizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUMADA RUIZ, María Ángeles. **La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas.** Madrid: Civitas, 2005.

BELAÚNDE, Domingo García. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 3, p. 121-156, 1999.

BELAÚNDE, Domingo García; SEGADO, Francisco Fernández. (coord.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica.** Madrid: Dykinson, 1997.

CAPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. **Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa,** Buenos Aires: CIEDLA/ Fundación Konrad Adenauer, 2000.

ESPIELL, Héctor Gros. El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 6, p.143-176, 2002.

FIORAVANTI, Mauricio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Trotta, 2001.

GARGARELA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution.** Oxford Press, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOSING, Norbert. **La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica.** Madrid: Dykinson, 2002.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787 - 1788: Edição integral.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (coord.). **Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y perspectiva.** Santiago: LexisNexis, 2005.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; QUENTAL, Pedro de Araújo. Colonialidade do poder e os desafios da integração regional na América Latina. **Polis Revista Latino Americana**, n. 31, 2012.





ROA, Jorge Ernesto Roa. **La justicia constitucional en América Latina**. Serie Documentos de Trabajo, n. 34. Disponible em: <http://www.icrp.uexternado.edu.co>. Acceso em: 8 ago. 2019.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Derecho procesal constitucional**. Logros y obstáculos. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

SANTANA, Gilsely Barbara Barreto. (Des)caminhos teóricos e metodológicos para uma teoria constitucional a partir da América Latina. **Anais Eletrônicos do Seminário Internacional O Direito como Liberdade: 30 anos de O Direito Achado na Rua**, 2020.

SEGADO, Francisco Fernández. El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales. **Revista Derecho PUCP**, n. 52, 1999.