

SOFISMAS NA COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GUILLAUME TUSSEAU

TUSSEAU, Guillaume, Más allá de los “modelos” de Justicia Constitucional, hacia una comparación pragmatista. In: BAGNI, Silvia (org.). **Justicia constitucional comparada**. Cidade do México: Librería Purruá, 2010.

Renato Gugliano Herani*

Como citar: HERANI, Renato Gugliano. Sofismas na comparação constitucional para Guillaume Tusseau. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 306-308, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p306-308. ISSN: 1980-551X.

Em *Más allá de los “modelos” de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista*, Guillaume Tusseau confirma sua posição de destaque entre os juristas expoentes da comparação constitucional. No estudo aqui resenhado, Tusseau faz uma releitura do método comparado aplicado no estudo sobre a expansão da justiça constitucional pelo mundo.

Tusseau toma em crítica o apego excessivo da literatura jurídica ao que reputa ser o discurso convencional sobre os modelos de jurisdição constitucional. Assim classifica o costume doutrinário de descrever os desenhos jurisdicionais constitucionais por formas antagônicas ou contrapostas identificada a partir dos modelos clássicos de curadoria da Constituição. Uma dessas formas, dentre a mais usuais, é a que opõe a concentração da jurisdição constitucional num Tribunal *ad hoc* (dualismo) da sua difusão por todo o Poder Judiciário (monista). Diz que é desse critério que outros derivam (p. ex., acesso universal e acesso seletivo, ativação por ação e ativação por incidente), dispostos antagonicamente, projetando assim uma visão maniqueísta e anacrônica da realidade. Tusseau enfatiza que há muito essa tem sido a representação teórica das experiências jurisdicionais constitucionais; e ainda goza de muito destaque a literatura jurídica brasileira.

A ousadia da crítica de Tusseau não está propriamente no resultado de suas análises quanto está na formulação de uma crítica analiticamente bem construída contra a visão “platônica” ou “ideal” de uma Justiça Constitucional, conceitualmente presa aos idos do constitucionalismo liberal. Confirma que a crença nos “sistemas-tipo” contraria o empirismo, e isso dificulta o debate

*Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP. Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Bolsista da FUNADESP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>

sobre o melhor modelo jurisdicional constitucional para as democracias modernas. Nesse sentido, Tusseau faz uma interessante análise sobre os “sofismas dos modelos de justiça constitucional”. É sob esta expressão que identifica os vícios práticos, teóricos e políticos no discurso sobre a relação entre os modelos clássicos e os atuais sistemas jurisdicionais constitucionais.

As Cortes e Tribunais Constitucionais emergentes desde meados do século XX não são a ressuscitação dos modelos clássicos ou uma tentativa de corrigir os experimentos fracassados do século XIX e do início do século XX. O desenho normativo das Constituições tem revelado uma *hibridação* dos elementos clássicos, e assim se apresenta sob um deliberado afastamento da lógica exclusivista. Esta lógica toma os sistemas jurisdicionais constitucionais do pós-guerras como uma mera adaptação do modelo difuso ou do concentrado. Porém, esta visão expressa um sofisma empírico, pois não retrata a força de transformação das estruturas políticas e atuação dos Estados a partir da expansão da jurisdição constitucional.

O sofisma teórico decorre do sofisma empírico. Tusseau afirma que a referência teórica aos modelos clássicos é salutar desde que seja descompromissada, vale dizer, jamais por “vínculo conceitual solidário”. Os “sistemas são produtos de uma realidade empírica, não de uma construção teórica”, assim a recepção, por exemplo, do Tribunal Constitucional por atração sedutora do modelo kelseniano é um perigo para a democracia. O debate comparativo deve mesmo é fitar soluções institucionais que melhor modelam o contexto político-estrutural do período constitucional em que vive o Estado, e não a ideia fixa de que a Justiça Constitucional só existe onde há órgão *ad hoc* com competência exclusiva.

Tusseau chama a atenção também para o sofisma político. Diz que o debate acentuadamente ideológico sobre o melhor desenho jurisdicional constitucional tende à impossível padronização da política jurisdicional constitucional, colocando em segundo plano a análise pragmática das experiências particulares já vivenciadas (ou seja, das operações sobre o fluxo de percepções contínuo na formulação dos modelos conceituais).

Um exemplo do sofisma político, diria Tusseau, ocorreu na Constituinte de 1987. Nesse período, sabemos, o Brasil debateu a criação de um Tribunal Constitucional, e foi tema de muita polêmica. Um dos argumentos foi o da tendência à padronização. Todos os países modernos deveriam ter um Tribunal Constitucional. O contraponto no mesmo plano ideológico veio com o argumento de que o Brasil não deveria desfigurar sua instituição modelar, o STF. Seria o mesmo que se render a uma europeização da nossa jurisdição constitucional. Tusseau ensina que esses argumentos expõem o *idealismo* em detrimento do *pragmatismo*. A decisão de se adotar ou rejeitar um Tribunal Constitucional não deve se apoiar no ideal da fórmula, nem no grau de culto ao ela.

Nessa linha de pensamento, Tusseau oferta uma metalinguagem comparativa neutra e compreensiva. Sua proposta baseou-se no ensinamento de que “o propósito teórico, científico, do estudo do direito comprado deve permitir classificar as instituições dos diferentes países utilizando categorias que a todos concordem”. E sob essa orientação, faz recomendações metodológicas para a

elaboração das categoriais conceituais do estudo comparado, são elas: a) *rigor da classificação*, significa que a comparação deve atender às exigências de ordenações lógicas, porque suas categoriais devem ser mutuamente excludentes e exaustivas; b) *decisionismo conceitual*, trata do erro das representações teóricas por elementos de pretensa referência do “tipo ideal” no sentido weberiano; o certo é indicar elementos a incorporar a comparação que sejam passíveis de evidência, por isso devem ser utilitaristas e instrumentais; c) *descriptivismo inicial*, que é a comparação jurídica ser estritamente descritiva e científica; d) *universalismo*, de tal modo que as categorias elaboradas sejam independentes do direito positivo, devem seguir a lógica de conceitos gerais definidos a partir do direito particular.

O tom elevado da crítica de Tusseau ao discurso comparatista tradicional, como se fosse um erro deliberado, acaba por revelar uma leitura de pouca deferência, a nosso ver, ao momento histórico de expansão da jurisdição constitucional. Estudamos que à medida que se avançou em direção à vitória dos governos democratas sobre o nazifascismo, expandiu-se o controle jurisdicional de constitucionalidade com a reafirmação da doutrina do Tribunal Constitucional em negação às teorias políticas de defesa da Constituição.

Nesse período, a principal teoria do controle político, a de Carl Schmitt, revelou uma insofismável divergência com a teoria do controle jurisdicional, e esta disputa se deu sob um viés muito mais institucional do que propriamente funcional, ao menos no ponto em que a discordância estava em quem deveria desempenhar tal ofício, ou seja, como instituí-la, e não sobre sua necessidade (ou seja, da função em si de proteção da Constituição). Isso para dizer que, nessa fase, o interesse acadêmico centrou-se muito na maquinaria jurisdicional constitucional, e aí está a causa — um específico momento racional, e não um deliberado desvio intelectual — da proliferação das classificações binomiais. Não parece certo imputar à narrativa tradicional o modo sofisticado de encerrar a realidade, ao contrário, ela foi parte da realidade até então dos estudos sobre a jurisdição constitucional.

O processo de democratização do pós-Guerras impulsionou a criação de Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes, tanto quanto expandiu suas funções, e hoje suas formas são mais variadas e respondem ao desempenho concreto e amplo da justiça constitucional, se comparado com o que se viu na época de Kelsen ou Marshall e mesmo logo no pós-Guerras. Nesse contexto, o estudo de Tusseau é exitoso por advertir o rigor metodológico no trato do constitucionalismo atual, marcado por formas tanto mais variadas quanto mais alternativas viáveis à realidade de cada ordenamento jurídico condiciona à efetiva concretização das Constituições.

Recebido em: 03/04/2023

Aceito em: 02/08/2023