

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: AS MATRIZES CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo examinará o Direito Constitucional de uma perspectiva ao mesmo tempo histórica e comparativa. Tal abordagem faz-se necessária em virtude da indissociabilidade já referida entre Direito Comparado e História do Direito (DANTAS, 2010).

A comparação entre diferentes experiências, sistemas ou matrizes constitucionais somente se faz possível a partir de uma abordagem que também seja histórica.

Como método de abordagem, optou-se, portanto, por estudo histórico e estrutural-comparativo, na medida em que se buscará expor uma classificação de sistemas constitucionais em famílias, identificadas por origens e características comuns.

Três serão as principais famílias constitucionais examinadas no presente capítulo, em ordem cronológica, a saber: a matriz britânica, norte-americana e francesa. A matriz soviética será objeto de breve menção, assim como alguns sistemas não classificados em famílias. Segue-se aqui, de perto, a classificação e o magistério de Jorge Miranda (MIRANDA, 2003).

O leitor deve observar que a ênfase, nesse momento, se dará aos aspectos materiais do Direito Constitucional, abordando-se aspectos correlatos ao Direito Processual Constitucional apenas superficialmente e na medida do necessário.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Tal abordagem foi preferida pelo fato de que o terceiro e último capítulo do livro é dedicado ao Direito Processual Constitucional Comparado, de modo que os aspectos relativos ao controle de constitucionalidade e à jurisdição constitucional das liberdades foram reservados prioritariamente para aquele momento. De todo modo, referências pontuais a questões processual-constitucionais serão inevitáveis.

A ênfase do presente capítulo recairá, assim, em aspectos de Direito Constitucional material ou temas tais como o caráter escrito, não escrito ou misto da constituição, sua rigidez ou flexibilidade, seus procedimentos de reforma, o rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais, a organização do Estado e de seus poderes e órgãos, e assim sucessivamente.

A jurisdição constitucional e seus temas, especialmente o controle de normas e os remédios e garantias fundamentais serão objeto do terceiro capítulo.

2.1. Principais sistemas ou matrizes constitucionais

Primeiramente deve-se reiterar que um dos modos clássicos de estudo do Direito Comparado é a formulação de classificações de grupos de sistemas jurídicos em famílias considerando relações de origem comum e traços estruturais comuns.

Deve-se advertir, no entanto, que aqui não se adotará o critério tradicional dos grandes sistemas, como o Romano-Germânico, o Common Law, os Direitos Religiosos, e assim por diante.

Ao contrário, os grandes grupos de sistemas – ou

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

famílias – a serem aqui estudados abrangem apenas sistemas constitucionais, que podem não coincidir com as tradicionais famílias de direito.

A classificação, portanto, será bastante diferente daquelas adotadas por obras de Direito Comparado para classificação de grandes sistemas jurídicos, como no clássico estudo de René David, entre outros (DAVID, 1998).

Isso porque os diferentes sistemas constitucionais podem se combinar com os diferentes sistemas jurídicos das mais variadas formas.

Por exemplo: determinado sistema jurídico pode filiar-se à matriz britânica ou norte-americana de um ponto de vista constitucional, sem aderir ao sistema do Common Law como sistema de base.

Ou seja, não existe correspondência necessária entre Common Law e os sistemas constitucionais de tipo britânico ou norte-americano, e tampouco entre constitucionalismo de tipo francês e família Romano-Germânica, por exemplo.

O sistema jurídico de base (Common Law, Civil Law, e outros) não se confunde, portanto, com a matriz constitucional (britânica, norte-americana, francesa, soviética) (MIRANDA, 2003).

Eventualmente pode haver convergência – como no caso do Direito Soviético, que coincide com a matriz constitucional homônima – mas esta não é uma relação necessária, apenas contingente.

Desse modo, a presença de elementos constantes ou estruturantes, ou de relações históricas entre dois sistemas jurídicos não significa que partilhem do mesmo sistema constitucional. Em suma, o tipo de sistema constitucional e o tipo de sistema jurídico são aspectos distintos de um ordenamento jurídico.[12]

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Além disso, convém advertir que trabalhamos com tipos ideais – no sentido weberiano do termo – de modo que frequentemente a realidade será mais rica do que a teoria e serão frequentes casos limítrofes, e dúvidas sobre a pertença de um determinado sistema constitucional a uma ou outra matriz – ou a nenhuma delas.

A tentativa de classificação, como de resto costuma acontecer quando se lança mão do método estrutural-comparativo, será baseada principalmente na identificação de elementos constantes ou estruturantes – na terminologia de David ou Constantinesco – que identifiquem uma família constitucional, distinguindo-a das demais (DAVID, 1998; CONSTANTINESCO, 1983).

Feitas tais advertências, convém estabelecer algumas distinções preliminares. Uma primeira distinção basilar que se poderia fazer entre diferentes sistemas constitucionais é aquela entre sistemas ocidentais e sistemas soviéticos, como faz CANOTILHO (2003).

Naturalmente o constitucionalismo ocidental abrange todos os sistemas que não tem influência soviética, diferindo suas ramificações fortemente entre si.

Assim, a família do constitucionalismo de tipo ocidental poderia ser dividida, de uma perspectiva histórica, em quatro grandes grupos, a saber: matriz constitucional britânica, norte-americana, francesa e sistemas não agrupados em famílias (MIRANDA, 2003).

De outro lado, seria possível adotar classificações conceituais, como, por exemplo, a que distingue entre constitucionalismo liberal e constitucionalismo social (CANOTILHO, 2003).

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Evidentemente o primeiro corresponderia às constituições garantistas em sua concepção mais clássica, especialmente a predominante durante o século XIX e primeira metade do século XX, ao passo que o segundo corresponderia às constituições sociais difundidas a partir do segundo pós-guerra (CANOTILHO, 2003).

A presente obra adotará a classificação das famílias ou matrizes constitucionais proposta por Jorge Miranda. Ensina aquele autor que são quatro os sistemas ou famílias constitucionais, a saber, os já referidos sistema britânico, norte-americano, francês e soviético (MIRANDA, 2003).

Tais sistemas ou matrizes constitucionais são compostos por diversos sistemas constitucionais nacionais (ou positivos) que compartilham os mesmos fundamentais.

Considerando, no entanto, que as referidas quatro matrizes não esgotam, de modo algum, todas as experiências constitucionais modernas, há que se registrar, como ensina Miranda, existir uma miríade de sistemas constitucionais *sui generis*, ou seja, não agrupados em famílias.

É o caso dos sistemas constitucionais suíço, alemão, austríaco, dos sistemas fascistas, dos sistemas asiáticos, dos sistemas africanos e dos países de língua portuguesa – inclusive dos sistemas constitucionais português e brasileiro (MIRANDA, 2003).

É evidente, por outro lado, que os sistemas soviéticos gozavam de importância muito maior antes da abertura do leste europeu, abrangendo a Ex-URSS e outros Estados. Atualmente, embora com importância mitigada, ainda existe em diversos lugares do mundo, como na China, em Cuba e na Coreia do

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Norte, de modo que ainda resta algum interesse atual em sua compreensão, para além do interesse histórico.

De todo modo, considerando o impacto, a abrangência e os legados das três matrizes ocidentais referidas, estas serão objeto principal das atenções no presente capítulo, sendo que os sistemas constitucionais soviéticos serão analisados apenas superficialmente ao final.

A seguir, portanto, serão examinados tais sistemas, adotando a ordem cronológica, ou seja, seguindo do mais antigo para o mais recente.

O objetivo consiste em expor as origens e as principais características de cada uma das matrizes, historiando-a na medida do possível, bem como evidenciar os legados de cada uma delas para o constitucionalismo contemporâneo e, ainda, a influência que exerceu em termos de sistemas a ela filiados ou por ela influenciados.

Tal visão possibilitará a formação de um amplo panorama histórico, geográfico e comparativo que ajuda a compreender a formação gradual do Direito Constitucional contemporâneo.

2.1.1. Matriz constitucional britânica

O constitucionalismo britânico é evidentemente o mais antigo dos três sistemas constitucionais ocidentais aqui estudados. A própria história do constitucionalismo britânico moderno é difícil de dissociar do constitucionalismo britânico medieval.

Embora aquele nasça a partir das revoluções inglesas do século XVII, suas características remontam, em boa parte, a seus primórdios, que recuam até pelo menos o

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

século

XIII.

Não por acaso o constitucionalismo britânico é chamado de evolutivo (CANOTILHO, 2003), eis que sua conformação é fruto de lento e gradual advento e transformação e instituições constitucionais, além de sobreposição e redefinição das funções das mesmas (CAETANO, 2009).

O caráter tradicional da ambiência política britânica fez com que este constitucionalismo fosse infenso a rupturas bruscas, em princípio, de modo que a matriz, em sua versão moderna, é fruto de lenta e gradual transição de um Estado limitado de tipo estamental para um Estado limitado de tipo constitucional.

Costuma-se distinguir os períodos do constitucionalismo britânico em primórdios – do século XIII ao XVI –, transição – do século XVII ao XVIII – e fase contemporânea – a partir do século XIX (CAETANO, 2009).

Cada uma dessas fases possui determinadas características, como a influência jusnaturalista e as declarações de direitos do primeiro período, o liberalismo aristocrático do segundo e o alargamento do sufrágio da terceira.

A monarquia, uma das principais instituições constitucionais britânicas, sofreu fortes transformações ao longo do tempo, transitando de uma monarquia limitada de estamentos, como dito (séculos XIII-XVIII aproximadamente) até uma monarquia limitada parlamentar, entre os séculos XVII e XX, com transição do parlamentarismo dualista para o monista entre os séculos XIX e XX, em processo correlato à ampliação do sufrágio (BONAVIDES, 2009).

Em termos de organização do poder, o parlamentarismo e suas instituições serão alguns dos

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

principais legados da matriz constitucional britânica à posteridade, como será examinado adiante.

Uma característica marcante decorrente do caráter tradicional ou “evolutivo” do constitucionalismo britânico, como já registrado, é a da sobreposição institucional (CAETANO, 2009).

Às originárias instituições monárquicas – Rei e Cúria Real – acrescentam-se e sobrepõem-se gradualmente novas instituições, em um primeiro momento representativas da nobreza – a House of Lords – e, posteriormente, dos plebeus – a House of Commons.[13]

Desse modo, combinar-se-iam na constituição britânica, conforme célebre lição de constitucionalistas ingleses, os princípios monárquico, aristocrático e democrático, o que rende àquela a denominação de “constituição mista”, no sentido de combinação de diferentes formas de governo.

De todo modo, o regime atual seria idealmente de franco predomínio do Parlamento e, mais especificamente, da Casa dos Comuns, o que fundamenta a vigente doutrina da soberania do parlamento.

Com efeito, ao longo do tempo verificou-se paulatina transferência de poder do monarca para o Parlamento e, posteriormente, da Câmara Alta para a Câmara Baixa, até o surgimento do sistema atual, que consagra um bicameralismo fortemente assimétrico, no qual os poderes concentram-se – ao menos em princípio – na segunda casa do parlamento. Como fruto de tal processo, a House of Lords possui poderes significativamente menores ao da House of Commons.

A ressalva é feita porque há evidências que sugerem fortemente que, ao contrário do funcionamento ideal

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

do parlamentarismo – gabinete e primeiro ministro fortemente dependentes da maioria parlamentar – haveria, na realidade, preponderância do primeiro ministro e do gabinete sobre aquela (o que faz com que alguns classifiquem o sistema atual como um regime de gabinete ou uma partitocracia, como se verá).

Importante referir, nesse contexto, o bipartidarismo típico do Reino Unido atual, cuja base parece estar associada ao sistema de representação majoritária e àquilo que Arendt Lijphart (2008) denomina de modelo de democracia de Westminster.[14]

Tratando-se especificamente da Constituição britânica, é importante recordar que a mesma, cujas origens são pré-modernas, caracteriza-se como mista quanto à forma, no sentido de que é em parte escrita e em parte não-escrita.

Assim, a parte escrita da constituição britânica é constituída por inúmeros documentos constitucionais que remontam há vários séculos, notadamente a Magna Charta Libertatum (1215), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1675), o Bill of Rights (1689), o Act of Settlement (1701), o Ato de União da Escócia (1707), diversas leis eleitorais dos séculos XIX e XX (alargamento progressivo do sufrágio), os Parliament Acts de 1911 e 1949, o Estatuto de Westminster (1931), as leis sobre os ministros da Coroa (1937) e as Leis sobre o Pariato (1958/1963).

A parte não escrita, por sua vez, é constituída por costumes constitucionais não acionáveis judicialmente (constitutional conventions), que regulam aspectos da relação entre parlamento e gabinete, coroa e parlamento, entre outros aspectos.

Fica evidente, ainda, que um dos aspectos centrais do direito constitucional britânico encontra-se na

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

instituição dos direitos fundamentais e, ainda, no desenvolvimento das garantias constitucionais.

As declarações de direitos, originalmente de inspiração jusnaturalista, foram importantes precursoras da noção posterior de direitos fundamentais.

Além disso, considerando a forte vinculação entre direito material e processual típica do sistema do Common Law (DAVID, 1998) e a noção bastante desenvolvida de que direitos exigem garantias (remedies precede rights), a matriz constitucional britânica legou à posteridade importantes institutos da jurisdição constitucional da liberdade, como o writ of habeas corpus e o writ of mandamus, entre outros. Assim, os remédios constitucionais são, portanto, um dos importantes legados do constitucionalismo britânico para a posteridade.

Entre os direitos, liberdades e garantias reconhecidos pelo constitucionalismo britânico podem se destacar o direito de propriedade, traduzido em restrições ao poder de tributar, ao confisco e ao direito de requisição; a liberdade ambulatória; a noção de devido processo legal; a noção de proporcionalidade entre delitos e penas; a instituição do júri; a vedação de penas e multas excessivas; o direito de petição; os já mencionados writs constitucionais, entre outros.[15]

Outra característica marcante da constituição britânica, para além de seu caráter misto e em boa parte consuetudinário, e seu caráter histórico, é sua flexibilidade.

Com efeito, apesar da associação mais ou menos imediata feita pelo conceito formal de constituição entre esta e a rigidez ou relativa imodificabilidade, nem toda constituição é, necessariamente, rígida de um

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

ponto de vista formal.[16]

Exatamente a constituição mais antiga dos sistemas constitucionais em análise (os sistemas modernos) tem a característica de ser flexível, ou seja, de ser passível de ser alterada por procedimento legislativo ordinário. Não há, portanto, no Direito Constitucional britânico, procedimento especial para a modificação ou revogação de normas constitucionais, podendo qualquer parte da constituição britânica ser alterada pelo Parlamento por meio de procedimento legislativo ordinário, pelo menos em tese.

Tal característica prende-se, ao que parece, a motivos históricos e ideológicos. O dogma inglês da soberania do parlamento não se coaduna com a ideia de limitação das competências daquele órgão – pois, se tivesse suas competências limitadas, já não seria considerado soberano, conforme ideia amplamente difundida no pensamento político britânico.

Com base no dogma da soberania do parlamento, estabeleceu-se o princípio de que a nenhuma legislatura seria dado limitar uma legislatura futura (HART, 2009).

Desse modo, a constituição britânica pode ser modificada livremente pelo parlamento, de um ponto de vista formal, sem necessidade de observância de procedimentos especiais, inexistindo restrições como as previstas pelo artigo V da Constituição norte-americana de 1787 ou pelo artigo 60 da Constituição brasileira de 1988. Tampouco existem limites materiais (cláusulas pétreas), naturalmente.

Uma importante noção legada pelo sistema constitucional britânico ao constitucionalismo contemporâneo é a de rule of law. A mesma foi concebida como um conjunto de princípios, instituições e processos considerados como essenciais

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

para a proteção da liberdade, da segurança e da dignidade das pessoas perante o Estado (CAETANO, 2009).

A cláusula da *rule of law* implica, entre outras coisas, a noção de supremacia do direito sobre o poder arbitrário, de igualdade dos cidadãos perante a lei e perante os tribunais e cortes, entre outros aspectos (CAETANO, 2009).

Convém recordar ainda que o direito constitucional inglês legou à posteridade nada menos do que a noção de *due process of law*, ou seja, devido processo legal.

As origens do princípio referido remontam à Magna Charta, como já registrado, disposição esta que estabelecia, em seu artigo 39, que nenhum homem livre seria privado de sua vida, liberdade ou bens senão com base no direito estabelecido (*Law of the land*) e de acordo com o julgamento de seus pares (PEREIRA, 2008).

A primeira parte veda o uso de poder arbitrário ou discricionário por parte do rei contra os nobres (originalmente tratava-se de um privilégio da nobreza), estabelecendo que referidos atos somente poderiam ser tomados de acordo com os princípios e normas do *Common Law*.

A segunda parte, evidentemente, consagra a instituição do júri, ligada, como se pode perceber, a uma ideia de controle social da jurisdição ou à recusa de um monopólio real sobre a jurisdição.

Posteriormente o antigo privilégio tornou-se um direito, ao ser universalizado, e a expressão “*Law of the land*” foi substituída pela expressão “*due process of law*” (PEREIRA, 2008).

A noção preponderante de devido processo legal desde então é a de que o processo judicial, para afetar

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

validamente os bens e interesses do indivíduo, deveria ostentar certas características e contemplar diversas garantias, como a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes, entre outros (devido processo legal formal ou procedimental).

Tal mudança conceitual não deixou de produzir um efeito negativo, pois, se de um lado a noção de devido processo legal procedimental é inegavelmente importante, a noção de devido processo substantivo (presente já na cláusula da “law of the land”) ficou obscurecida.[17]

Segundo tal noção o devido processo legal não contemplaria apenas garantias formais ou procedimentais, mas também a possibilidade de um controle de razoabilidade ou proporcionalidade quanto ao resultado do próprio processo, mesmo que observadas todos os procedimentos e todas as garantias formais (PEREIRA, 2008).

Como já mencionado, em termos de instituições políticas o principal legado da tradição constitucional em estudo é o sistema parlamentar de governo.

Como é sabido, tal sistema baseia-se esquematicamente em uma eleição parlamentar em sistema político bipartidário e sistema eleitoral majoritário, a partir da qual forma-se uma maioria no órgão legislativo. Tal maioria, uma vez eleita, sucessivamente escolhe primeiro ministro e gabinete, aos quais é atribuída a chefia de governo (BONAVIDES, 2009).

É traço característico do sistema em referência, sabidamente, a divisão das funções de chefe de Estado e de chefe de governo, sendo as primeiras atribuídas ao rei e precipuamente simbólicas, e sendo as segundas atribuídas ao primeiro ministro e seu ministério,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

precipuamente decisórias.[18]

No sistema de governo parlamentarista inglês o primeiro ministro e seu gabinete (ou ministério) são responsáveis politicamente perante o parlamento, possuindo o dever de demissão em caso de perda do apoio da maioria parlamentar, a qual é manifestada pela aprovação de um voto de desconfiança ou moção de censura proposta por certo número de parlamentares.

Por outro lado, é possível que o primeiro ministro solicite ao Chefe de Estado a dissolução do parlamento e a convocação de novas eleições parlamentares (BONAVIDES, 2009). Tal tipo de responsabilidade política é característico das instituições parlamentaristas, originárias do constitucionalismo britânico.

De modo geral o esquema das instituições de tipo parlamentarista foi objeto de ampla difusão a partir da experiência constitucional inglesa, tendo sido adotadas, com adaptações, nos mais variados sistemas políticos, e tendo originado, inclusive, variantes, como o governo semi-presidencial francês, a ser examinado posteriormente.[19]

De modo geral há que se chamar a atenção para as variações do parlamentarismo ao longo do tempo. Se durante o século XIX, por exemplo, predominou o parlamentarismo dualista, marcado por divisão de funções de governo entre primeiro ministro e rei, a partir do Século XX preponderou o denominado parlamentarismo monista, marcado pela supressão quase total das funções decisórias do monarca (BONAVIDES, 2009).

Além disso, deve-se observar que sendo o parlamentarismo um sistema de governo conhecido por ser capaz de produzir certa instabilidade

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

governamental em nome da responsabilidade, foi comum ao longo do século XX a introdução de mecanismos de refreamento dos institutos típicos do mesmo, reduzindo-se a frequência com que o gabinete poderia ser destituído ou o parlamento dissolvido (trata-se do denominado parlamentarismo frenado ou racionalizado).

É importante frisar que o sufrágio conheceu sucessivas ampliações ao longo da história constitucional britânica, consagrando-se o sufrágio universal apenas no século XX.

Conexas a tal processo de ampliação progressiva do sufrágio e de conseqüente transformação de um regime político aristocrático para um regime político democrático encontram-se importantes transformações institucionais, duas delas aqui já referidas.

A primeira consiste na transformação do parlamentarismo dualista em monista, considerada por muitos como decorrente da democratização do sistema político (BONAVIDES, 2009).

A segunda consiste no poder crescente da House of Commons, e a correlata perda de poder da House of Lords, que perdeu grande parte de suas funções, assim como as funções judiciais que exercia, processo este que culminou no atual bicameralismo assimétrico já mencionado.

Ao se examinar o esquema de separação de poderes do sistema constitucional britânico percebe-se tratar-se de um sistema de colaboração ou cooperação de poderes, como aponta Bonavides, mais do que em um sistema de rígida separação.

Como se depreende do exame do sistema de governo parlamentarista, a forma de provimento dos cargos de membro da Casa dos Comuns e de membros

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

do ministério faz com que haja mecanismos fortes de influência entre legislativo e executivo, consistentes na possibilidade de dissolução da primeira e de destituição do segundo.

Quanto ao poder judiciário britânico, poucas observações parecem ser necessárias aqui. Trata-se de um sistema no qual não se admite controle judicial de constitucionalidade, tanto em virtude do caráter flexível da constituição britânica quanto da doutrina da soberania do parlamento.

Assim, encontra-se o judiciário britânico tolhido do poder de realizar o controle de constitucionalidade das leis (CAPPELLETTI, 1992), apesar de tese de Sir Edward Coke sustentada no célebre *Dr. Bonham's Case*, em 1610, vencida, como se sabe[20], o que representa importante limitação para os fins do presente estudo.

Por outro lado, há que se ressaltar que no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades coube importante papel do judiciário britânico ao julgar writs constitucionais reconhecendo importantes direitos e liberdades fundamentais consubstanciados em seus precedentes.

Considerando ainda o sistema britânico de controle jurisdicional dos atos da administração pública, este é um aspecto que destaca a importância do judiciário inglês e que o distingue de sistemas de contencioso administrativo, como o francês, conforme referência que se fará mais detidamente adiante.

Do ponto de vista orgânico do poder judiciário britânico, cabe mencionar um aspecto relevante. Até recentemente atuava como órgão de cúpula judicial uma seção da House of Lords integrada pelos denominados Law Lords. Em 2005 tais funções foram

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

atribuídas pelo a um novo órgão, a Suprema Corte do Reino Unido, criada pelo denominado Constitutional Reform Act do mesmo ano, instalada em 2009.

Referido órgão é constituído por 12 juizes, número que pode ser ampliado, e opera basicamente como órgão de cúpula do poder judiciário britânico desde então.

A influência do sistema constitucional britânico naturalmente se fez sentir nos territórios correspondentes ao antigo império britânico, ou seja, especialmente nas ex-colônias britânicas e nos atuais países do Commonwealth.

Desse modo, o colonialismo britânico propiciou ambiência para diversos transplantes jurídicos ou recepções de direito, exportando suas instituições políticas e constitucionais para diversos quadrantes do mundo.

Assim, exerceu marcada influência em sistemas constitucionais como os da Austrália, Canadá, Índia, Israel, Jamaica, Malásia, Malta, Nova Zelândia, entre outros (MIRANDA, 2003).

A difusão obviamente ocorreu em momentos diversos e teve por objeto diferentes componentes. Assim, durante o século XVII foram exportados certos elementos do sistema constitucional inglês, como o estabelecimento de liberdades públicas e de assembleias representativas, para a América do Norte e o Caribe.

Já ao longo do século XVIII exerceu influência sobre o direito norte-americano – com instituições como a separação dos poderes, por exemplo – e sobre a Europa continental – com instituições como o governo representativo e a responsabilidade ministerial, e assim sucessivamente (MIRANDA, 2003).

O sistema constitucional britânico dará origem a

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

outro sistema constitucional que será, talvez, o mais importante e influente, a saber, o sistema constitucional norte-americano, que se passa a estudar no tópico seguinte.

2.1.2. Matriz constitucional norte-americana

Após a matriz constitucional britânica, a mais antiga, deve-se estudar a norte-americana, a segunda mais antiga e a mais amplamente influente.

O constitucionalismo norte-americano, diferentemente do inglês, possui um caráter de forte originalidade na criação de instituições, o que faz com que Canotilho denomine a mesma de constitucionalismo originário (CANOTILHO, 2003).

Embora receba tal alcunha, e realmente seja um sistema constitucional fortemente inovador e influente sobre inúmeros sistemas constitucionais posteriores, veremos que o constitucionalismo norte-americano teve como importante fonte de inspiração a própria matriz britânica.

Como é sabido, a matriz constitucional estadunidense foi a responsável pela difusão global das constituições modernas (escritas e rígidas), do federalismo, do sistema de governo presidencialista, do controle judicial de constitucionalidade difuso (judicial review), entre outros institutos de grande importância para o direito constitucional contemporâneo.

Começando pelas constituições escritas e rígidas, há que se observar que a Constituição norte-americana de 1787 é a primeira constituição escrita de um grande Estado de tipo europeu existente fora da Europa (MIRANDA, 2003).[21]

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Um dado curioso apontado por CAETANO (2009) é que embora a constituição britânica seja mista e flexível, como aqui já mencionado, é no direito constitucional britânico que surge a inspiração para a constituição estadunidense de 1787, escrita, unitextual e rígida.

Com efeito, no período colonial a metrópole britânica impunha às suas colônias estatutos ou cartas coloniais, que estabeleciam alguns órgãos – como assembleias –, outorgavam competências e estabeleciam os limites de tais competências.

Tais cartas coloniais parecem ter sido as precursoras tanto das constituições das 13 ex-colônias quanto da Constituição dos EUA (CAETANO, 2009) de modo que, de forma quase paradoxal, o sistema de constituições escritas nasceu a partir de um sistema jurídico que as desconhece, o britânico, como visto.

Importante ressaltar, no entanto, que em termos de documentos e instrumentos, o constitucionalismo norte-americano tem origem anterior à própria constituição de 1787, remontando a algumas normas do período colonial e, especialmente, à Declaração de Independência de 1776, à Declaração da Virgínia, do mesmo ano, aos Artigos da Confederação de 1778 e, ainda, às constituições das 13 ex-colônias após a independência (MIRANDA, 2003).

De todo modo, é importante frisar que a Constituição norte-americana de 1787 é o mais significativo marco da referida matriz constitucional.

Referida carta constitucional é sucinta ou sintética, contendo apenas sete artigos, embora longos e compostos por diversas subdivisões.

Possui um caráter marcadamente orgânico, destinando-se precipuamente a organizar os Estados

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Unidos da América e suas instituições, dedicando-se o artigo 1º ao Poder Legislativo, o artigo 2º ao Poder Executivo, o artigo 3º ao Poder Judiciário, e assim sucessivamente.

Trata-se de constituição rígida, como se conclui da análise de seu artigo 5º, que estabelece como requisitos à edição de emendas não apenas a aprovação por maioria qualificada de 2/3 em ambas as casas do Congresso Nacional como também à posterior ratificação das emendas por 3/4 dos Estados – ou seja, por 38 dos 50 Estados atualmente integrantes dos EUA.

Tal sistemática promoveu efetiva participação dos Estados no processo de emendas à constituição federal, tornando a aprovação de emendas, por outro lado, extremamente difícil.

Isso é refletido no número extremamente baixo de emendas já aprovadas – 27 no total –, considerando-se a longevidade daquela carta constitucional, em vigor há 230 anos.

A rigidez formal da constituição estadunidense pode ser evidenciada, ainda, com a demora na ratificação da 27ª Emenda, que, literalmente, levou mais de 200 anos desde sua propositura (o que, inclusive, causa discussões sobre sua validade).

Tal característica faz com que a Constituição de 1787 tenha sido objeto de intensas modificações informais ao longo do tempo, como meio de contornar as dificuldades de reforma formal do texto (MIRANDA, 2003).

Assim, coube especialmente à Suprema Corte norte-americana o papel de atualizar o direito constitucional daquele país, por meio de importantes decisões em matéria constitucional que integram o sistema

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

constitucional daquele país, especialmente ao se observar que o Common Law adotado nos EUA faz com que constituam precedentes vinculantes.[22]

Outro ponto digno de nota para a correta compreensão do sistema constitucional estadunidense é que o federalismo norte-americano implica a dispersão do Direito Constitucional entre União e Estados-membros.

Com efeito, uma decorrência do princípio federativo instituído pela constituição de 1787 é a existência do poder constituinte derivado decorrente, titularizado por cada um dos Estados federados e que possibilita a criação de constituições por parte dos mesmos.

Desse modo, o federalismo descentralizado adotado pelos EUA – embora hoje menos descentralizado do que no século XIX – faz com que o sistema constitucional norte-americano seja integrado não apenas pelas disposições constitucionais da carta de 1787, mas também pelas constituições estaduais dos 50 Estados da federação.

É possível inclusive asseverar que quem quer que pretenda conhecer o direito constitucional norte-americano apenas examinando o texto da Constituição federal de 1787 provavelmente incorrerá em equívoco, pois tal intento não é possível sem examinar as constituições estaduais e, ainda, as principais decisões da Suprema Corte, ambas suportes de importantes normas constitucionais.

Entre as criações do constitucionalismo norte-americano e, ao mesmo tempo, entre seus legados para inúmeros outros sistemas constitucionais, encontra-se o federalismo ou a forma federativa de Estado.

Tal forma de Estado contrasta com o Estado unitário, conferindo autonomia às coletividades

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

territoriais – os Estados – e, ao mesmo tempo, buscando criar mecanismos que garantam a participação dos mesmos em decisões importantes em nível nacional (BONAVIDES, 2009).

O federalismo criado nos EUA buscava ser um mecanismo de solução para a grande heterogeneidade das ex-colônias, além de revelar-se um modo de organização política apropriado para o amplo território estadunidense (CAETANO, 2009).

Seu caráter fortemente descentralizado parece relacionar-se com o tipo de federalismo ali instituído, formado por agregação ou federalismo centrípeto, quando ao momento histórico de sua constituição.

Tal forma de governo estruturou-se em torno do princípio segundo o qual as competências da união seriam enumeradas, cabendo todas as demais aos Estados membros. Outro princípio constitutivo do federalismo estadunidense é a igualdade jurídico-política dos Estados-federados (art. 4º da Constituição de 1787).[23]

O federalismo dos EUA foi marcado durante longo período por forte descentralização, embora ao longo dos séculos XIX e XX tenham aumentado as funções e competências da União[24], notadamente por força de fatos históricos como a Guerra de secessão (1861-1865) e as duas guerras mundiais.

O federalismo deixou suas marcas também na tripartição dos poderes adotada pelo constitucionalismo norte americano. Uma de suas marcas é a participação institucionalizada dos Estados federados na formação da vontade política federal (BONAVIDES, 2009).

Com efeito, afirma-se que o federalismo seria o fundamento do bicameralismo simétrico do Legislativo

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

norte-americano. Como se sabe, a Constituição de 1787 estabeleceu o exercício do Poder Legislativo federal pelo Congresso Nacional, dividindo-o em duas casas, a Câmara dos Representantes e o Senado.

A primeira é reputada casa de representação do povo, composta por 435 membros eleitos por voto direto para mandato de 2 anos, ao passo que o segundo é reputado casa de representação dos Estados, integrado por 100 senadores (2 por Estado), eleitos atualmente por sufrágio direto para mandato de 6 anos, renovando-se a casa em 1/3 a cada 2 anos (MIRANDA, 2003; CAETANO, 2009).[25]

O Senado, como se afirmava, fora originalmente concebido como o principal mecanismo de garantia da participação dos Estados em importantes decisões federais, como processo legislativo e outras matérias (BONAVIDES, 2009).

De todo modo, se originalmente o Senado poderia ser realisticamente concebido como casa de representação dos Estados, sendo os Senadores – em número de 2 para cada Estado – escolhidos pelo Poder Legislativo estadual, após 1913, com a ratificação da 17ª Emenda, tal caráter passou a ser ficcional, pois os Senadores passaram a ser eleitos por sufrágio direto, o que torna a representação dos Estados uma ficção (CAETANO, 2009).

A adoção da forma republicana de governo foi decorrência do pensamento liberal e democrático revolucionário e da ausência de uma dinastia local com a consagração da igualdade política dos cidadãos nas ex-colônias (MIRANDA, 2003).

A despeito da rejeição da monarquia deve-se observar, no entanto, que muitos consideram que certas instituições inauguradas pelo constitucionalismo norte-

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

americano são inspiradas na monarquia inglesa.

É o caso do sistema presidencialista de governo, criado pelo constitucionalismo estadunidense como forma de permitir um Poder Executivo forte e independente do Poder Legislativo, em boa medida como forma de garantir a federação em face das forças centrífugas existentes na sociedade norte-americana.

Convém recordar que tal sistema de governo caracteriza-se por uma marcada independência entre os Poderes e, ainda, pelo fortalecimento do poder executivo (BONAVIDES, 2009).

A independência decorre em boa medida do fato de que os órgãos do legislativo e o executivo são eleitos separadamente, sendo que o Presidente da República detém legitimação democrática própria, e não conferida pelo legislativo, como ocorre no parlamentarismo.

Tal característica impossibilita que se conceba a existência de mecanismos de ingerência forte entre executivo e legislativo, como aqueles característicos do sistema parlamentarista – possibilidade de destituição do gabinete e de dissolução do parlamento.

Tais institutos são ausentes, portanto, do constitucionalismo norte-americano e nele costuma-se afirmar que uma vez iniciados os mandatos estes normalmente chegam ao fim, sendo excepcional sua abreviação (BONAVIDES, 2009).[26]

No sistema constitucional em estudo, o Presidente da República cumula diversas competências, funções e poderes, como a chefia de Estado e de governo, a condição de comandante-em-chefe das forças armadas e comandante máximo da administração pública federal. Constitui, para alguns, verdadeiro monarca por período certo, tendo como provável fonte de inspiração o rei inglês (MIRANDA, 2003).

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Inexiste aqui, portanto, executivo bicéfalo, com órgãos distintos exercendo funções executivas de chefe de Estado e de chefe de governo, diversamente do que ocorre em sistemas parlamentaristas ou semi-presidencialistas, por exemplo.

Sendo independente do Congresso e irresponsável perante este (salvo a excepcional situação de impedimento), o Presidente da República é auxiliado em suas funções por um ministério composto Secretários de Estado (ministros) por ele livremente escolhidos e livremente demissíveis.

É eleito por sufrágio indireto para mandato de 4 anos. Assim, distingue-se o voto popular – para eleição de delegados que atuarão como eleitores presidenciais – e voto presidencial – o de cada delegado no Colégio Eleitoral estadual, sendo o número de delegados igual ao número de congressistas do Estado, conforme já registrado.[27]

Sobre a tripartição dos poderes no sistema constitucional norte-americano convém recordar, ainda, que a despeito da referida separação de poderes e de sua distinção relativamente à existente em outros sistemas de governo, admitem-se determinados tipos de interferência de um poder no âmbito da competência típica de outro, seja por meio de mecanismos de fiscalização e controle recíprocos, seja por meio do exercício de funções atípicas – a conhecida teoria dos checks and balances, ou freios e contrapesos (BONAVIDES, 2008).

Um dos mais importantes legados do constitucionalismo norte-americano à posteridade é a noção de constituição como paramount law, ou seja, de direito supremo, com a conseqüente admissão de instituições de controle de constitucionalidade

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(CANOTILHO, 2003).

Com efeito, é o direito constitucional norte-americano que, ao adotar mecanismos de rigidez constitucional e de controle judicial de constitucionalidade das leis, reconhece a primazia da constituição no ordenamento, munindo-a de garantias concretas que revolucionarão o constitucionalismo moderno.

Assim, a partir de ideias já presentes nos *Federalist Papers* de Hamilton, Jay e Madison, e em decisões judiciais do final do século XVIII, que ganharam visibilidade a partir da decisão proferida pelo juiz John Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), criou-se o moderno controle judicial de constitucionalidade das leis em modalidade difusa (CAETANO, 2009).

Tal inovação permitiu que os magistrados invalidassem leis que reputassem conflitantes para com a constituição, por ocasião de sua aplicação a casos concretos sob sua jurisdição, como é sabido, possibilidade inexistente no direito constitucional britânico, exercendo importante poder ou poder-dever (CAPPELLETTI, 1992).

Por surpreendente que possa parecer, no entanto, a inspiração para o controle de constitucionalidade parece ter vindo, pelo menos em parte, desse último sistema, pois existem registros de invalidação de leis coloniais pelos tribunais britânicos, por violação a disposições das cartas impostas pela metrópole às ex-colônias (CAETANO, 2009).[28]

Deve-se observar, por outro lado, que o federalismo torna o Estado americano complexo em termos de organização institucional, dada a sobreposição de duas ordens políticas e jurídicas sobrepostas – estadual e

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

federal – com respectivos órgãos.

Tal complexidade repercute inclusive na estrutura do Poder Judiciário, dúplice, traduzindo-se em um poder judiciário federal e um poder judiciário de cada Estado-membro (MIRANDA, 2003).[29]

O Poder Judiciário dos Estados costuma estruturar-se em três graus de jurisdição, sendo o órgão de cúpula uma Suprema Corte estadual, embora parte dos entes da federação norte-americana adotem em sua organização judiciária apenas dois graus de jurisdição.

O Poder judiciário federal possui três graus de jurisdição, e sua competência abrange, basicamente, questões que fogem à competência das jurisdições estaduais.

Os juízes estaduais são preponderantemente eleitos, ao passo que os juízes federais são nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado.

Entre os órgãos integrantes do poder judiciário estadunidense naturalmente cabe destaque à Suprema Corte, órgão de cúpula detentor de jurisdição em todo o território norte-americano e cujas decisões se impõem aos órgãos judiciais federais e estaduais.

Tal órgão é composto por 9 ministros (Justices) e presidida por um Chief Justice ou presidente, sendo os mesmos nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado e detendo seus cargos vitaliciamente, sem limites de idade.

A Suprema Corte não é um tribunal ou corte constitucional, pois não apenas não possui competência apenas em matéria constitucional, mas também em outras matérias (é um tribunal recursal) como, especialmente, não monopoliza o controle de constitucionalidade das leis, que, como visto, é difuso no sistema norte-americano.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Não obstante, naturalmente é um órgão importantíssimo na medida em que decide importantes questões constitucionais em caráter definitivo (detém a “última palavra”), sendo suas decisões vinculantes para os demais órgãos do judiciário por força do princípio do stare decisis (precedente vinculante), típico do Common Law.

Além de aspectos orgânicos, como o federalismo, o presidencialismo, o bicameralismo e outros aqui já mencionados, há que se recordar alguns princípios estruturantes do direito constitucional norte-americano a partir de sua parte dogmática, como princípios fundantes e direitos e garantias fundamentais.

Ensina Marcello Caetano que o direito constitucional norte-americano estrutura-se a partir de princípios como a proteção dos direitos individuais, o Due Process of Law e a cláusula da Equal Protection – 14^a Emenda, de 1868 – a regra da razoabilidade, entre outros (CAETANO, 2009).

Como se vê e como já afirmado anteriormente, é importante a influência exercida pela matriz constitucional britânica sobre a matriz constitucional norte-americana, a despeito das fortes diferenças existentes entre ambas.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais, deve-se observar que não existiu um catálogo no texto constitucional original de 1787, sendo que tal texto, fortemente orgânico, como já observado, previa apenas o writ of habeas corpus e a proibição da adoção de leis retroativas e de bills of attainder.[30]

Entre as razões apontadas para a ausência de um rol de direitos fundamentais na referida carta constitucional estariam a existência de declarações de direitos anteriores, além das estaduais, de inspiração

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

jusnaturalista, entre outros fatores políticos (MIRANDA, 2003). Cabe lembrar que, em uma ótica jusnaturalista, direitos se declaram, e garantias se estabelecem.

O rol de direitos fundamentais, apelidado de Bill of Rights, veio a ser incorporado à constituição estadunidense por força da edição das 10 primeiras emendas – por influência de Thomas Jefferson e iniciativa de James Madison – e de algumas a elas posteriores. Nesse contexto, convém destacar as Emendas 1^a a 10^a, além da 13^a, 14^a, 15^a e 19^a, entre outras.

Entre os direitos, liberdades e garantias fundamentais contemplados pelo direito constitucional norte-americano destacam-se a laicidade estatal, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e de imprensa, os direitos de reunião e de petição (1^a Emenda), o direito ao porte de armas (2^a Emenda), a inviolabilidade de domicílio (3^a e 4^a Emendas), diversos direitos e garantias relativos ao processo penal (5^a, 6^a e 7^a Emendas), limites às penas (8^o Emenda), a proibição de escravidão e servidão (13^a Emenda), as cláusulas do due process of law e da equal protection (14^a emenda), e o sufrágio universal (15^a, 19^a, 24^a e 27^a Emendas).[31]

A matriz constitucional norte-americana é, sabidamente, a mais influente do constitucionalismo ocidental, tendo difundido suas instituições para os mais variados sistemas constitucionais do mundo. Basta recordar que legou institutos como as constituições escritas e rígidas, o federalismo, o presidencialismo e o controle judicial de constitucionalidade.

A exportação dos modelos oriundos dessa vertente do constitucionalismo ocidental deu-se na forma de transplantes globais (instituições em bloco) ou parciais,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

por força de imposição ou de imitação espontânea, tendo ocorrido em diferentes países e épocas (MIRANDA, 2003).

Assim, verificaram-se transplantes globais por imitação para países da América Latina, como o Brasil, e por imposição para países como as Filipinas e a Coreia do Sul.

Os transplantes parciais foram muito mais numerosos, atingindo países tão diversos como o Canadá, a Austrália e a Índia (federalismo), países do Commonwealth e Japão (judicial review), França (presidencialismo da Constituição de 1848), entre outros (MIRANDA, 2003).

Outros aspectos marcadamente importantes do direito norte-americano relativos ao controle judicial de constitucionalidade serão examinados no capítulo 3, dedicado ao estudo do Direito Processual Constitucional Comparado ou Jurisdição constitucional comparada.

2.1.3. Matriz constitucional francesa

A família constitucional a ser estudada em seguida é a francesa, responsável por diversas contribuições ao constitucionalismo a ela posterior.

Devido à sua vocação e origem revolucionárias, Canotilho atribuiu à matriz francesa tal denominação, em oposição ao constitucionalismo evolucionário (britânico) e originário (norte-americano) (CANOTILHO, 2003).

As origens da matriz francesa remontam, naturalmente, à revolução de 1789, e conseqüentemente à destruição do Ancien Régime e às

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

sucessivas tentativas de criação de uma nova ordem política e social.

Além de fortemente refratária ao absolutismo, a matriz francesa sofre marcada influência iluminista, traduzida no racionalismo e na desconfiança da tradição (donde a crença na ampla possibilidade de transformação das instituições e da sociedade).[32]

Não apenas a revolução francesa foi importante para a matriz constitucional em questão, mas também outras revoluções a ela posteriores, como as de 1830, 1848 e 1870-71 (MIRANDA, 2003).

As vicissitudes e turbulências da história política francesa traduziram-se em sua experiência constitucional na existência de inúmeras constituições, a maioria de existência efêmera (CAETANO, 2009).

Com efeito, os autores dissentem inclusive sobre o número de cartas constitucionais francesas, parecendo ser possível falar na existência de pelo menos 14 constituições entre o final do século XVIII e a vigente constituição da V República.

Assim, cabe registrar as constituições francesas de 1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1870, 1875, 1946 e 1958 (MIRANDA, 2003).

Uma peculiaridade da história constitucional francesa é a sucessão, por pelo menos duas vezes, de fases semelhantes em termos de constituição. Com efeito, é célebre a teoria dos ciclos constitucionais franceses, sustentada por Maurice Hauriou, segundo a qual a sucessão de constituições daquela matriz contemplaria determinadas fases em dois ciclos sucessivos, a saber: monarquia absoluta, monarquia limitada, república democrática, república autoritária e novamente monarquia absoluta.[33]

Uma forma de sistematização do estudo das

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

numerosas constituições francesas é classificando-as em categorias, como as constituições revolucionárias (1791, 1793 e 1795), constituições napoleônicas (1799, 1802 e 1804), constituições da restauração (1814 e 1830), da II República (1848) e do II Império (1852 e 1870), e, por fim, da III, IV e V Repúblicas (respectivamente de 1875, 1946 e 1958) (MIRANDA, 2003).

Obviamente as constituições revolucionárias são as primeiras que se seguiram à revolução francesa, durante o mais conturbado período de efervescência política, sendo marcadas por forte instabilidade e efemeridade. Foram seguidas pelas constituições criadas sob Napoleão, as quais, por sua vez, foram sucedidas pela restauração de uma monarquia limitada.

As últimas foram sucedidas por constituições da segunda república, do segundo império e, enfim, pelas três mais recentes, culminando na atual constituição francesa da quinta república, de 1958, criada sob a influência de Charles De Gaulle (CAETANO, 2009).

Considerando a proposta da presente obra, far-se-á aqui apenas breve panorâmica, bastante superficial, sobre as constituições francesas em geral, focando a atenção nas constituições mais recentes, especialmente nas da IV e V repúblicas (1946 e 1958, respectivamente).

Após o triunfo da revolução a primeira carta constitucional francesa de 1791 tentou criar uma monarquia limitada em substituição ao Antigo Regime, sem êxito.

Tal carta constitucional tentou controlar o rei por meio de uma assembleia legislativa unicameral, tendo conhecido uma existência curta e quase nenhuma aplicação, como muitas das demais (CAETANO, 2009).

Foi substituída por uma nova constituição, em 1793,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

que, sob a influência do pensamento jacobino, aboliu a monarquia e organizou um regime de governo de assembleia, com preponderância de um corpo legislativo uno sobre um conselho executivo dele dependente, composto por 24 membros (MIRANDA, 2003).

Na prática, no entanto, tal constituição jamais vigorou, por força do governo soberano da convenção constituinte, com concentração de funções legislativas, executivas e judiciais em suas mãos no período conhecido como “o terror”.

A constituição que a sucedeu, de 1795, sob a influência do pensamento de Montesquieu tentou criar um regime de estrita separação de poderes e, para tanto, foi extremamente analítica (era composta de 337 artigos, incluindo uma declaração de direitos e deveres) (MIRANDA, 2003).

Tal carta constitucional instaurou o bicameralismo no órgão legislativo e um governo diretorial no âmbito do executivo, com 5 membros. Como é sabido, a carta enfrentou problemas decorrentes da separação radical dos poderes, e teve seu fim com o golpe de 18 Brumário (1799), encerrando a fase das constituições revolucionárias.

A constituição de 1799 inaugura a fase das constituições napoleônicas, e é fruto da exaustão política dos franceses, causada pela fase revolucionária, e do conseqüente desejo de ordem e estabilidade (MIRANDA, 2003).

A carta foi concebida por Sieyès, e traduziu-se em um governo pessoal de cariz autoritário disfarçado. O poder executivo passou a ser exercido por três cônsules, com mandato de 10 anos, havendo primazia do primeiro cônsul sobre os demais.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

A constituição de 1799 contemplava diversas instituições colegiadas, como o Senado Conservador, o Corpo Legislativo e o Tribunado, mas as mesmas sofriam diversas limitações.[34]

As constituições de 1802 em 1804 completam o processo de concentração e consolidação do poder em mãos de Bonaparte, a primeira instituindo o consulado vitalício e preparando o advento da monarquia cesarista que veio a ser instaurada pela segunda.

Sob a última carta, Napoleão torna-se formalmente imperador dos franceses, detendo amplos poderes discricionários por meio da delegação da soberania a ele por plebiscito (donde o caráter cesarista do regime) (MIRANDA, 2003).

Após a abdicação de Napoleão, a constituição francesa de 1814 é a primeira das duas constituições da restauração, tendo instituído uma monarquia constitucional.

O poder legislativo era exercido pelo rei e pelos órgãos legislativos, a saber, a Câmara dos Pares, órgão aristocrático de nomeação real, e a Câmara dos Deputados, órgão representativo eleito por sufrágio restrito.

A constituição francesa de 1830, além de adotar instituições de tipo parlamentar, incrementou a liberalização da ordem constitucional francesa (CAETANO, 2009).

Verifica-se sob a mesma, assim, um duplo movimento concomitante: a redução do poder real e o crescimento do poder parlamentar, conferindo-se a iniciativa legislativa, anteriormente monopolizada pelo rei, ao órgão legislativo, entre outras modificações, como a ampliação do sufrágio.

A constituição de 1848, ou da Segunda República,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

reintroduz a forma republicana de governo, buscando criar poderes independentes e inspirando-se fortemente em instituições de tipo norte-americano.

Marcada por um caráter compromissório, outorgou o poder executivo a um presidente com mandato de 4 anos eleito por sufrágio universal, cumulando funções de chefe de Estado e de governo. O legislativo foi conferido a uma Assembleia indissolúvel, eleita para mandato por 3 anos. Um conflito entre presidente e assembleia resulta em golpe de Estado que põe fim à constituição em 1851 (MIRANDA, 2003).

A constituição de 1852 é fruto de outorga plebiscitária de poderes constituintes ao príncipe Luís Napoleão e, após período de transição republicano, restaura o império por um senatusconsulto do mesmo ano, ratificado posteriormente por referendo popular.

Paulatinamente vai se configurando uma tendência à redução do poder real a partir de 1860, bem como uma tendência ao parlamentarismo a partir de 1869.

A constituição de 1870, por sua vez, procura liberalizar o regime instaurado pela anterior, e reintroduzir instituições de tipo parlamentar. Cria um legislativo bicameral constituído por Corpo Legislativo e Senado, ambos dotados de iniciativa legislativa, perante o qual os ministros são responsáveis (CAETANO, 2009).

Entre 1871 e 1875 verifica-se uma crise que conduz à instauração de uma Assembleia Constituinte para a criação de uma nova constituição monárquica. Impasses impossibilitam tal solução e acabam por causar o advento da constituição da terceira república, em 1875.

Curiosamente esta, que originalmente não foi concebida para ser uma constituição durável, sendo

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

constituída por três leis constitucionais de caráter essencialmente orgânico, foi a mais duradoura das constituições francesas, tendo vigorado entre 1875 e 1946 (CAETANO, 2009).

Constituída a partir de soluções de compromisso entre monarquistas e republicanos, instituiu um presidente eleito para mandato de sete anos pela Assembleia Nacional. Esta era dotada de estrutura bicameral, sendo constituída de Câmara dos Deputados e Senado. Os deputados eram eleitos para mandato de quatro anos por sufrágio direto e os senadores para mandato de nove anos, por sufrágio indireto, renovando-se o senado em 1/3 de seus membros a cada três anos (MIRANDA, 2003).

A constituição da Terceira República introduz instituições de tipo parlamentarista, prevendo a responsabilidade dos ministros nomeados pelo presidente perante o órgão legislativo, além da possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados por iniciativa do Presidente, condicionada a aprovação pelo Senado.

É um período marcado por acentuada prevalência dos órgãos legislativos, mas, ao mesmo tempo, por forte instabilidade política, possivelmente em virtude da interação de instituições de tipo parlamentarista com um sistema pluripartidário em crescimento, que dificulta a formação de uma maioria estável para apoio do governo no legislativo (CAETANO, 2009).[35]

Tal instabilidade enseja nova crise que irá, ao final desembocar no advento da quarta república, e da constituição de 1946.

Após o fim da ditadura de De Gaulle, instaurada devido à Segunda Guerra mundial e à ocupação alemã, foram realizadas eleições para a assembleia constituinte

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

e um referendo popular sobre a lei de regência que deveria vigorar até a aprovação final da nova carta constitucional francesa (MIRANDA, 2003).

Após rejeição popular de um primeiro projeto, e eleição de nova assembleia constituinte, criou-se a carta de 1946, cujo texto finalmente foi aprovado em consulta popular.

A constituição da Quarta República estabeleceu um regime liberal e a supremacia do parlamento, a partir da adoção da democracia representativa (CAETANO, 2009).

Em termos de órgãos adotou uma Assembleia unicameral como órgão legislativo, e diversos conselhos auxiliares.[36]

Um dos dados mais importantes sobre a ordem constitucional francesa nesse período histórico, no entanto, é a adoção do parlamentarismo (MIRANDA, 2003).

Em tal sistema constitucional a Assembleia Nacional escolheria o presidente do Conselho de Ministros e, em caso de aprovação de moção de desconfiança, haveria obrigatoriedade de demissão do governo.

Consagrava a preponderância do presidente do Conselho de Ministros, sendo que o Presidente da República, eleito pelo legislativo, não possuía poderes efetivos (CAETANO, 2009).

A adoção do parlamentarismo no sistema político francês novamente conheceu dificuldades decorrentes dos governos de coalizão – como ocorrera sob a carta da terceira república.

A dificuldade na formação de ministérios, a instabilidade e as crises prolongadas novamente comprometem a governabilidade e impedem o exercício de funções estatais primordiais (a Assembleia

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

não conseguia legislar e encontrava-se impossibilitada de delegar a função legislativa ao governo, o que era vedado pela constituição) (MIRANDA, 2003).

Além disso, a reforma constitucional estabelecida pela carta era difícilíssima, exigindo-se diversas formalidades (como, por exemplo, aprovação pela Assembleia Nacional e pelo Conselho da República, aprovação por maioria qualificada de 2/3, eventual necessidade de referendo popular), o que impedia uma solução no marco daquela carta (CAETANO, 2003).[37]

A crise da Argélia, ocorrida em 1958, resultou na investidura do general De Gaulle em plenos poderes, facultando-se ao mesmo legislar por decreto e submeter uma nova constituição a referendo popular (MIRANDA, 2003; CAETANO, 2009).

De tal processo histórico resultou, enfim, a Constituição francesa de 1958, que vigorou a partir de 05 de outubro daquele ano, inaugurando a V República.[38]

Tal carta buscará superar dificuldades enfrentadas pelas cartas anteriores. Para tanto, promoveu o fortalecimento do poder executivo, além de criar um sistema de governo próprio, distinto tanto do presidencialismo quanto do parlamentarismo, a saber, o semi-presidencialismo (também denominado de “presidencialismo gaullista”) (MIRANDA, 2003).

Tal sistema de governo sui generis opera a partir da eleição – originalmente indireta – do presidente da república para mandato 5 anos e ulterior nomeação, por este, do primeiro ministro.[39]

O gabinete é formado por indicação do último, mediante aprovação do primeiro. O primeiro ministro preside o conselho de ministros e dirige o governo,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

possuindo capacidade de editar regulamentos (CAETANO, 2009).

Embora nomeado pelo presidente o primeiro ministro e seu gabinete não são responsáveis perante aquele, mas perante o legislativo. As moções de censura na Assembleia Nacional podem ser apresentadas por 1/10 das assinaturas dos deputados, sendo votadas em 48 horas e aprovadas por maioria absoluta (MIRANDA, 2003).

Uma das preocupações da constituição de 1958 foi racionalizar as instituições relativas à responsabilidade política, para diminuir o risco de instabilidade e de comprometimento da governabilidade (como ocorrera sob as constituições de 1875 e 1946).

Assim, embora a aprovação de uma moção de censura provoque o dever de demissão do governo, outra moção não pode ser proposta na mesma sessão legislativa (trata-se do que alguns denominam de parlamentarismo racionalizado ou frenado, como Mirkin-Guetzevich ou Loewenstein).

O presidente da república possui a faculdade de promulgar as leis, ainda, o direito de veto, além da faculdade de expedir ordonnances (decretos), mediante delegação legislativa (MIRANDA, 2003).

Possui, ainda, a prerrogativa de dissolver a Assembleia Nacional (dentro de certos limites), exercendo a função de chefe das forças armadas e assumindo, ainda, poderes extraordinários em situações de grave crise nacional (CAETANO, 2009).

Nota-se, portanto, uma divisão do poder decisório entre primeiro ministro e presidente e, mais do que isso, uma preponderância das funções deste.

O parlamento francês adota estrutura bicameral, sendo composto pela Assembleia Nacional, integrada

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

por deputados eleitos por sufrágio direto para mandato de cinco anos, e pelo Senado Federal, composto por senadores eleitos indiretamente para mandatos de nove anos (sendo renovado em 1/3 a cada três anos) (MIRANDA, 2009).

O processo legislativo francês possui algumas peculiaridades. Uma das mais marcantes é a distinção entre domínio da lei (*domaine de la loi*) e domínio do regulamento (*domaine du règlement*) (GOMES, 2003).

Com efeito, não apenas pode o executivo legislar por decreto mediante delegação legislativa em matérias da competência do órgão legislativo, como também pode fazê-lo rotineiramente nas demais matérias.

A constituição francesa de 1958 estabelece em seu artigo 34 um rol de matérias que devem ser objeto de lei aprovada pelo poder legislativo, reservando as demais matérias ao domínio do regulamento, ou seja, reservando-as à regulação por ato do primeiro ministro (GOMES, 2003).

A invasão, pelo legislador, do domínio do regulamento, legislando sobre matérias que deveriam ser reguladas pelo executivo, dá lugar, inclusive, a uma espécie excepcional de controle repressivo de constitucionalidade, denominada de processo de “deslegalização” (*délegalisation*).[40]

Ou seja, a constituição da V República francesa confere amplos poderes legislativos a órgãos não integrantes do poder legislativo, afastando-se assim de um esquema mais convencional de separação de funções ou poderes do Estado.

Ainda quanto ao processo legislativo, convém destacar os procedimentos de reforma da constituição francesa de 1958. Referida carta prevê, basicamente, dois procedimentos: um com aprovação pelo

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

parlamento, hipótese que requer ratificação popular; outro por iniciativa do presidente, a qual exige aprovação por maioria de 3/5 do parlamento, tão somente (CAETANO, 2009).[41]

Quanto ao poder judiciário, um aspecto digno de nota é que no sistema constitucional francês este exerce apenas a jurisdição ordinária, não existindo jurisdição constitucional.

Embora o sistema francês radique na distinção atribuída a Sieyès entre poder constituinte e poderes constituídos, e a constituição seja concebida como suprema, tal concepção traduz-se em um princípio não-operativo, na medida em que não se defere à jurisdição o controle de constitucionalidade das leis (MIRANDA, 2003).

Encontra-se ausente, portanto, o mecanismo do controle judicial de constitucionalidade, como se verá em maior detalhe no capítulo sucessivo, existindo, em seu lugar, um controle de matiz distinta, exercido pelo Conselho Constitucional francês (CAPPELLETTI, 1992).[42]

Conselho Constitucional é reputado um órgão de controle político de constitucionalidade, não integrante, portanto, da estrutura do poder judiciário. Foi uma solução ao problema do controle de constitucionalidade das leis em face da resistência quanto à adoção de controle judicial de constitucionalidade na França.[43]

O órgão é composto com 9 conselheiros, nomeados para mandato de 9 anos. A constituição prevê, ainda, uma classe de membros vitalícios, norma esta que ao que consta nunca foi aplicada.

As competências do Conselho Constitucional francês consistem, basicamente, em funções de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

controle de constitucionalidade e eleitorais.

Ainda sobre o judiciário, além da limitação decorrente do controle político de constitucionalidade, observe-se que a adoção do sistema do contencioso administrativo, que exclui determinadas decisões administrativas da apreciação e do controle judicial também representa uma redução significativa da competência daquele poder, inspiradas, ao que parece, em uma ideia de fortalecimento da separação dos poderes.

Em síntese, alguns elementos estão presentes de maneira bastante marcante no constitucionalismo francês da V República, como o componente parlamentar (consistente na responsabilidade do governo), o componente “bonapartista” (consistente na ascendência do chefe de Estado) e o componente cesarista (as consultas populares) (MIRANDA, 2003).

Quanto aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, convém fazer algumas observações. A sintética constituição de 1958, outorgada que foi, como visto, não contemplou um rol de direitos e liberdades.

Desse modo, o Conselho Constitucional teve que considerar integrantes do “bloco de constitucionalidade” e, portanto, parâmetro do controle de constitucionalidade, o preâmbulo das constituições da IV e V Repúblicas (1946 e 1958) e, ainda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Assim, tal sistema constitucional consagra diversos direitos e liberdades fundamentais, como a liberdade, a igualdade (art. 1º da Declaração de 1789), a propriedade, a segurança (art. 2º), o princípio da legalidade (art. 5º), o sufrágio universal (art. 6º), a legalidade e anterioridade e tipicidade penais, a

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

proporcionalidade entre delitos e penas (art. 8º), a presunção de inocência (art. 9º), as liberdades e opinião, expressão e religião (art. 10), a liberdade de comunicação (art. 11), entre outros.

Por fim resta consignar algumas palavras sobre a influência da matriz constitucional francesa fora da França.

A difusão de elementos oriundos do constitucionalismo francês deu-se em diferentes momentos para diferentes regiões do globo, como ocorreu com as demais. Verificou-se sobre países do continente Europeu, no final do século XVIII e início do XIX, e na Europa central, meridional e América Latina, durante o século XIX e no início do século XX (MIRANDA, 2003).

O constitucionalismo de tipo francês influenciou especialmente regiões como a América Latina e a Europa continental, notadamente Portugal, Espanha, Itália, Grécia e Romênia, seja diretamente, seja indiretamente – como parece ser o caso da América hispânica por meio da Constituição de Cádiz de 1812.

Entre os elementos legados ao constitucionalismo pela família constitucional francesa destacam-se os direitos e garantias individuais, a separação dos poderes, o republicanismo, a laicidade estatal, o governo parlamentar de assembleia e, mais recentemente, o semi-presidencialismo.[44]

2.1.4. Matriz constitucional soviética

Examinadas as três principais matrizes do constitucionalismo ocidental, resta fazer algumas referências sobre o constitucionalismo socialista ou

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

soviético, ainda que breves.

Embora tal família tenha sido muito mais ampla e, naturalmente, tenha tido maior importância até o fim da URSS na década de oitenta do século passado, deve-se recordar que ainda existem sistemas constitucionais a ela pertencentes na atualidade.

O sistema surge após a revolução russa de 1917, juntamente com a família dos direitos soviéticos (DAVID, 1998), sendo até mesmo difícil, neste caso em particular, distinguir a família e o sistema constitucional.

Entre os documentos constitucionais dessa matriz podem-se recordar a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador Explorado e Oprimido de 1918, a Constituição Russa do mesmo ano, e as constituições da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS de 1924, 1936 e 1977 (MIRANDA, 2003).

A base ideológica de tal matriz constitucional, dotada de grande homogeneidade apesar da ampla difusão com que contou, é a doutrina marxista-leninista (CANOTILHO, 2003).

De modo geral Canotilho distingue as constituições ocidentais e as constituições do leste a partir de uma série de dimensões distintivas (CANOTILHO, 2003).

Uma primeira distinção radicaria no fato de que o constitucionalismo de tipo capitalista ou ocidental enfatizaria os aspectos garantistas da constituição, consistentes na limitação do poder e na proteção dos direitos fundamentais. Contrariamente, segundo o professor lusitano, as constituições socialistas preocupar-se-iam primordialmente com a garantia das conquistas da revolução e do regime socialista – de maneira consistente, aliás, com a teoria marxista-leninista que a embasa.[45]

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Assim, uma das características do constitucionalismo socialista seria a redução da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e sua funcionalização, inclusive em nome do combate aos inimigos do socialismo. Muitos direitos seriam mantidos apenas formalmente nos textos constitucionais, desprovidos de significado prático (CANOTILHO, 2003).

Conexo a este aspecto encontra-se o conceito de democracia socialista, concebida como aquela dirigida pelo partido e pelo Estado para a construção do socialismo e do comunismo (MIRANDA, 2003).[46]

Uma conseqüência de tais características – inclusive por força da rejeição do individualismo – seria um menor desenvolvimento dos meios jurisdicionais de garantia dos direitos fundamentais no constitucionalismo socialista em relação ao constitucionalismo ocidental (CANOTILHO, 2003).

O princípio da legalidade, um dos pilares fundantes do constitucionalismo de tipo ocidental, por sua vez, cederia no constitucionalismo do leste em face do princípio da legalidade socialista (MIRANDA, 2003).

Como é sabido, tal princípio postula a adequação do direito, elemento da superestrutura na teoria marxista, à estrutura, vale dizer, ao conjunto das relações materiais de produção, de modo que resta pouco espaço para noções como a de rigidez constitucional e controle de constitucionalidade, devendo, antes, o direito adequar-se ao estágio de desenvolvimento da sociedade socialista (CANOTILHO, 2003).

Assim na matriz constitucional em comento o princípio da legalidade socialista traduzir-se-ia em uma desvalorização das normas constitucionais e, ainda, em uma redução do papel dos magistrados na interpretação do direito, sujeita a ingerências do partido, por meio de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

resoluções e diretivas (MIRANDA, 2003).

Outra característica contrastante das constituições ocidentais e daquelas típicas do leste europeu e regimes por ele influenciados seria a presença de sistemas de partido único nos últimos e de sistemas multipartidários nos primeiros (CANOTILHO, 2003).

Há que se destacar, ainda, a ausência do princípio ou técnica de organização do poder denominado de separação ou divisão de poderes nas constituições socialistas.

Com efeito nos regimes das últimas a ideia de separação de poderes foi rechaçada, como parte da ideologia burguesa, sendo substituída pelo princípio contraposto da unicidade do poder (DAVID, 1998).

Segundo tal princípio, todo o poder pertenceria ao proletariado, ou aos camponeses e operários, sendo exercido por colegiados – os soviets – estruturados hierarquicamente desde os soviets de base até o soviete supremo, órgão de cúpula que concentraria em si todos os poderes e funções do Estado (DAVID, 1998).[47]

Por fim, um traço distintivo adicional se encontraria na adoção universal e quase sem exceções do governo representativo nas constituições ocidentais, e sua rejeição nas do leste, substituídas por instituições como o mandato imperativo e o direito de revogação (MIRANDA, 2003).

O sistema constitucional de tipo socialista foi difundido por grande parte do globo terrestre, como se sabe, atingindo países como a Albânia, a Alemanha Oriental (RDA) a Bulgária, a China, a Coreia do Norte, Cuba, a Estônia, a Hungria, a Letônia, a Lituânia, a Polônia, a Romênia, a ex-Tchecoslováquia e Vietnam (MIRANDA, 2003).[48]

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

A redução da difusão do sistema constitucional em comento ocorreu, evidentemente, a partir da queda do muro de Berlim e da dissolução da URSS, restando atualmente alguns estados ainda filiados a tal sistema, notadamente a China, a Coréia do Norte e Cuba.

2.1.5. Outros sistemas constitucionais não classificados em famílias

Como afirmado no início do presente capítulo, adotou-se na presente obra a classificação de Jorge Miranda no que se refere às matrizes ou famílias constitucionais.

De acordo com referida classificação, como visto, são quatro as famílias constitucionais, aqui já brevemente examinadas: britânica, norte-americana, francesa e soviética, sendo as três primeiras pertencentes ao constitucionalismo ocidental.

Para além desses quatro grandes grupos, integrados por diversos sistemas constitucionais nacionais, existem inúmeros de sistemas constitucionais *sui generis*, não classificáveis em famílias ou grandes sistemas.

Tais sistemas de um lado não se inserem nos traços gerais que permitiriam considerá-los parte de uma das quatro grandes matrizes e, de outro, não chegam a formar outra matriz, dada sua heterogeneidade.

É nesse campo que Miranda classifica os sistemas constitucionais suíço, alemão, austríaco, os sistemas constitucionais fascistas ou fascizantes, os sistemas constitucionais asiáticos e africanos, e os sistemas constitucionais dos países de língua portuguesa – inclusive o sistema constitucional brasileiro

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(MIRANDA, 2003).

Dada a impossibilidade de se analisar aqui cada um desses sistemas nacionais, apesar de sua inegável importância – pense-se, por exemplo, no sistema constitucional mexicano criado pela constituição de 1917, no sistema alemão criado a partir da Lei Fundamental de 1949, no sistema italiano criado pela constituição de 1948, no sistema português criado pela constituição de 1976, ou ainda no sistema espanhol, criado pela constituição de 1978, e outros – o presente trabalho atém-se, nesta primeira edição, às quatro grandes famílias examinadas.[49]

Referências às peculiaridades de alguns desses sistemas – como o direito constitucional austríaco, alemão, italiano e suíço – serão eventualmente feitas, a título complementar, no próximo capítulo, dedicado ao estudo da jurisdição constitucional no direito comparado.