

3. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMPARADO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O presente capítulo tem por objeto o estudo da jurisdição constitucional em perspectiva comparativa ou seja, o campo que se pode denominar Direito Processual Constitucional Comparado.[50]

Com efeito, embora por muito tempo não se tenha distinguido o Direito Constitucional material do Direito Processual Constitucional, em período relativamente recente tem se desenvolvido certa autonomização epistemológica do último.

Pode-se afirmar que a disciplina que comumente é chamada de Direito Processual Constitucional – ou, eventualmente, Direito Constitucional Processual, expressão equívoca – tem por objeto essencialmente a jurisdição constitucional.

Ou seja, em outras palavras, o Direito Processual Constitucional consistiria no estudo das instituições – especialmente as judiciais ou judicialiformes – voltadas à garantia da constituição em seus diversos aspectos e dimensões.

A partir de tal noção preliminar, percebe-se quase que imediatamente que o campo da disciplina divide-se em dois âmbitos principais – sem prejuízo da existência de outros –, a saber, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral, de um lado, e a jurisdição constitucional da liberdade, de outro (CAPPELLETTI, 1961).

O primeiro desses âmbitos cuida essencialmente dos

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

mecanismos que buscam aferir a compatibilidade de normas e atos normativos para com quaisquer disposições constitucionais.

Este campo cuida, portanto, principalmente do controle de constitucionalidade de normas – seja ele feito em que modalidade for –, tendo normalmente parametricidade ampla, uma vez que pretende tutelar quaisquer disposições constitucionais vinculantes que porventura se repute violadas por atos normativos infraconstitucionais. Abrange, assim, os diversos sistemas de controle de constitucionalidade, como o controle difuso e o controle concentrado (DANTAS, 2010).

Já o campo denominado de jurisdição constitucional da liberdade ou das liberdades (CAPPELLETTI, 1961).tem por objeto o conjunto de instituições denominado comumente de remédios ou garantias fundamentais.

Como é sabido, tais institutos consistem em instrumentos de proteção de direitos e liberdades fundamentais (CANOTILHO, 2003). Ou seja, são mecanismos que tem por objetivo prevenir ou fazer cessar ameaça ou lesão a direitos ou liberdades fundamentais, podendo ser de natureza processual ou extraprocessual.

Compreende, portanto, o controle de normas e de outros atos – como atos administrativos e jurisdicionais, p. ex. – que se repute violadores de normas constitucionais específicas – a saber, as disposições estabelecedoras de direitos e liberdades fundamentais.

Possui parametricidade mais restrita, portanto, na medida em que não pretende controlar a violação a toda e qualquer norma constitucional, mas apenas

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

àquelas estabelecedoras de direitos fundamentais.

Obviamente os campos não são estanques e, como se verá adiante, possuem importantes ligações (como ocorre na *Verfassungsbeschwerde* alemã). Não obstante, a distinção conceitual é valiosa para uma adequada compreensão dos institutos do Direito Processual Constitucional, dadas as peculiaridades que ambos os campos principais referidos possuem.

No presente capítulo estudaremos, portanto, tanto os institutos de controle de constitucionalidade de normas quanto os institutos da jurisdição constitucional da liberdade em perspectiva comparativa.

Para tanto, o capítulo será dividido em dois tópicos, cada um deles dedicado a uma dessas temáticas, na ordem referida.

3.1. Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma atividade que tem por objetivo aferir a compatibilidade ou incompatibilidade de normas (ou, eventualmente, outros atos) infraconstitucionais para com a constituição.[51]

Tem como pressupostos lógicos, portanto, a supremacia ou supralegalidade constitucional e a rigidez constitucional (DANTAS, 2010), pois, contrariamente, a lei posterior contrária a uma disposição constitucional revogaria esta.[52]

O controle de constitucionalidade visa, portanto, proteger a constitucionalidade ou a “legalidade constitucional”, declarando a invalidade ou invalidando leis e atos normativos infraconstitucionais contrários à

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

constituição.

Como é intuitivo a expressão constitucionalidade designa uma situação de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional para com a constituição, ao passo que a expressão inconstitucionalidade designa uma situação de incompatibilidade entre aqueles mesmos elementos.

A constitucionalidade pode ser considerada espécie do gênero regularidade.[53] Como ensina Kelsen, a partir da concepção escalonada do ordenamento e da concepção dinâmica de criação do direito sustentada por aquele autor, compreende-se que os atos inferiores da hierarquia normativa devem estar em conformidade com os imediatamente superiores, sucessivamente (KELSEN, 2001).

A regularidade da produção de uma norma – i.e., sua produção em conformidade com as normas superiores – é requisito de sua validade, de modo que a consequência da irregularidade normalmente será a invalidade.[54]

Integram, assim, a ampla categoria da irregularidade (em sentido amplo, tal como utilizado por Kelsen no importante estudo referido) situações como a inconstitucionalidade – incompatibilidade da norma infraconstitucional para com a norma constitucional – e ilegalidade – incompatibilidade de ato infralegal para com a lei, entre outras.

Embora em regra a constitucionalidade se refira, conforme definições aqui consignadas, a uma relação entre direito constitucional e direito infraconstitucional, excepcionalmente é possível uma situação ligeiramente diversa.

Assim, eventualmente pode ocorrer controle de constitucionalidade de normas constitucionais, mesmo

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

em sistemas como o brasileiro, que não adotam a teoria de Otto Bachof sobre as normas constitucionais inconstitucionais (BACHOF, 1994).

O exemplo óbvio é o caso das constituições que estabelecem limitações materiais ao poder constituinte derivado reformador (“cláusulas pétreas”). O constituinte originário, ao tolher certas matérias do poder de reforma, revisão ou emenda da constituição, possibilita que, no caso de inobservância dos referidos limites, eventualmente se verifique o controle de constitucionalidade de atos com hierarquia formalmente constitucional – como emendas à constituição – em face daquelas disposições.[55]

Diversos podem ser os meios e instrumentos de controle da regularidade da produção do direito em geral e de controle de constitucionalidade em particular.

Os mecanismos e institutos de controle de constitucionalidade podem ser examinados a partir de diversos aspectos, como, por exemplo, os legitimados à provocação do controle, os órgãos competentes para realizá-lo, o momento em que é realizado, as formas de sua realização, as consequências da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade, e assim por diante (CAPPELLETTI, 1992).

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser deflagrado por qualquer pessoa ou apenas por órgãos especiais, pode ser realizado por órgãos jurisdicionais ou não-jurisdicionais, por quaisquer órgãos do judiciário ou apenas por um órgão especializado, de modo preventivo ou repressivo, por meios judiciais ou extrajudiciais, por provocação ou de ofício, pode resultar na declaração de nulidade retroativa do ato objeto do controle ou em sua anulação irretroativa, e assim sucessivamente, como se verá adiante.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Um aspecto elementar de análise tradicionalmente adotado para o estudo dos diversos sistemas de controle de constitucionalidade existentes é o orgânico, ou seja, aquele baseado no órgão competente para realizar o controle.

A análise, aqui, desenvolve-se em dois níveis distintos, o primeiro referido à natureza do órgão e o segundo a quais são os órgãos estatais específicos habilitados ao exercício da referida competência.

Como é de amplo conhecimento, quanto à natureza do órgão o controle de constitucionalidade pode ser classificado em político, judicial ou eclético (SGARBOSSA; JENSEN, 2008).

Tem sido considerado sistema de controle político qualquer um em que a fiscalização da constitucionalidade das leis não fique a cargo de órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1992).

O caso mais emblemático, evidentemente, é o já referido Conselho Constitucional francês, sendo que o modelo de controle de constitucionalidade correspondente será examinado adiante. Tal sistema revela-se excepcional, no entanto, predominando atualmente sistemas judiciais ou mistos.[56]

O sistema de controle judicial de constitucionalidade, por outro lado, como o nome revela, é aquele em que a fiscalização da constitucionalidade das leis encontra-se confiada a órgãos jurisdicionais, assim entendidos os integrantes do poder judiciário (SGARBOSSA; JENSEN, 2008).

Os casos mais óbvios são, evidentemente, os sistemas como o norte-americano, o austríaco, o alemão e o italiano, entre outros.

Os sistemas ecléticos, por sua vez, seriam aqueles

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

que combinam de algum modo, o controle judicial e o controle político, seja fazendo com que em determinados casos o controle de constitucionalidade caiba a certos órgãos e em outros casos caiba a outros órgãos, seja fazendo com que haja fases sucessivas de controle judicial e político em um mesmo procedimento de controle.[57]

No âmbito do sistema judicial de controle de constitucionalidade, como é sabido, é possível identificar pelo menos quatro vertentes distintas, a saber: o controle difuso, de tipo norte-americano, o controle concentrado de tipo austríaco, o controle concentrado de tipo ítalo-alemão e, por fim, uma miríade de sistemas mistos (SGARBOSSA; JENSEN, 2008).

O sistema difuso, como o próprio nome sugere, outorga a competência para a realização do controle de constitucionalidade a todo e qualquer órgão jurisdicional nos casos concretos de sua competência, como se verá em detalhe adiante.

Diversamente o sistema concentrado cria um órgão especializado – corte ou tribunal constitucional – que monopoliza o controle de constitucionalidade e, além disso, normalmente possui competência apenas em matéria constitucional.

Tal sistema, em realidade desdobra-se em duas vertentes bastante distintas, a saber, a austríaca e a ítalo-alemã (SGARBOSSA; JENSEN, 2008), como se verá da análise a seguir.

Os sistemas mistos, por sua vez, não podem ser corretamente definidos como sistemas parcialmente concentrados e parcialmente difusos. Isso é assim porque segundo uma das regras elementares da lógica clássica algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(princípio da não-contradição).

Desse modo, parece incorreto afirmar que um sistema misto é parcialmente concentrado e parcialmente difuso porque ou há monopólio do controle de constitucionalidade por um órgão especializado – e, nesse caso, o sistema não pode ser “parcialmente difuso” – ou o controle encontra-se distribuído entre os órgãos jurisdicionais – e, nesse caso, não há como falar em monopólio, logo, em concentração.

Em realidade mais correto seria compreender os sistemas mistos como aqueles em que a um sistema de base – a saber, o sistema difuso – agregam-se elementos que originalmente a ele eram estranhos e que são oriundos do modelo rival – normalmente trata-se das ações diretas de inconstitucionalidade ou instituições equivalentes e do controle abstrato.

É evidentemente o caso do sistema brasileiro, a cuja base originalmente apenas difusa, surgida com a república, no final do século XIX (Decreto n. 848 de 1890 e, após, Constituição de 1891), foram agregados elementos oriundos de sistemas concentrados, durante o século XX (especialmente sob a Constituição de 1946 e Emenda Constitucional n. 61 de 1965).

Esses aspectos, no entanto, serão mais bem desenvolvidos adiante, no exame dos quatro modelos básicos de controle judicial de constitucionalidade.

Observe-se apenas, conclusivamente, que conforme os sistemas adotem uma ou outra forma de controle judicial de constitucionalidade quanto ao órgão que a realiza, podem ser considerados como sistemas de jurisdição una ou sistemas de jurisdição dupla (ou ainda modelo unitário e modelo de separação).

Os últimos distinguem a jurisdição constitucional

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

(questões de constitucionalidade) da jurisdição ordinária (questões de legalidade), atribuindo a competência para cada uma delas a órgãos distintos (é o caso, obviamente, dos sistemas concentrados, traduzindo-se institucionalmente na existência dos tribunais e cortes constitucionais) (CANOTILHO, 2003).

Os primeiros, por sua vez, não distinguem jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, atribuindo ambas a todos os órgãos integrantes do poder judiciário (é o caso dos sistemas difusos).

Feitas estas considerações preliminares, passar-se-á a examinar os principais sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, em termos especialmente de influência sobre outros sistemas.

Serão estudados, sucessivamente, o controle político e o controle judicial. No âmbito do controle político de constitucionalidade, será examinado o caso historicamente mais importante, a saber, o modelo francês, como já referido.

No âmbito do controle judicial de constitucionalidade, serão examinados os referidos sistema difuso ou norte-americano, concentrado austríaco, concentrado ítalo-alemão e, por fim, os sistemas mistos, com ênfase no sistema brasileiro como caso exemplar.

Seguir-se-ão no presente tópico bastante de perto as lições de Mauro Cappelletti em estudo clássico sobre o tema, embora com recurso a diversos outros autores.

3.1.1. Controle político

O controle político é caracterizado como aquele

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

realizado por órgãos não integrantes da estrutura do poder judiciário (CANOTILHO, 2003; MIRANDA, 2008), como visto, podendo assim compreender o controle pelo legislativo, pelo executivo ou por órgãos constitucionais autônomos.

Normalmente associam-se alguns traços gerais aos sistemas de controle político, teoricamente distintivos deste relativamente aos sistemas de controle judicial.

Assim, costuma-se afirmar que o controle político é comumente preventivo e que não se pauta por um juízo estritamente jurídico, dando azo com maior amplitude a outras considerações de cunho político, associadas a aspectos como conveniência e oportunidade, por exemplo.

Além disso, quanto ao modo de exercício do controle, frisa-se a desnecessidade de capacidade postulatória do órgão ou autoridade que provoca o controle, os amplos poderes instrutórios e de direção do procedimento por parte do órgão de controle, a desnecessidade de formação jurídica como exigência para os membros integrantes do órgão de controle, a inaplicabilidade dos cânones do processo judicial ao procedimento de controle, sua publicidade mitigada, entre outros aspectos (CAPPELLETTI, 1992).

Embora tais critérios possam ser relevantes para uma distinção entre controle político e controle judicial, cabe ressaltar a impropriedade de uma compreensão muito extrema deles, pois a atividade de órgãos de controle político e judicial por vezes pode ser bastante semelhante, especialmente em sistemas que adotam o sistema de separação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional.

Assim, o controle judicial normalmente é repressivo, mas eventualmente pode ser preventivo (e o contrário é

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

igualmente verdadeiro, como se verá). Além disso, reconhece-se o caráter ao menos parcialmente político do controle de constitucionalidade realizado por cortes e tribunais constitucionais, de modo que tampouco nelas o julgamento será estritamente jurídico (embora, talvez, seja possível sustentar uma menor margem de conformação de tais órgãos neste modelo do que no modelo de controle político).

A mesma ressalva cabe ao modo do controle: embora formalmente realizado por órgãos distintos, uns integrantes do judiciário, outros não, na prática a atividade desempenhada pelos mesmos é bastante semelhante (GOMES, 1993). [58]

A desnecessidade de capacidade postulatória por vezes surge também em sistemas de controle judicial. O caráter predominantemente inquisitório, e não necessariamente acusatório, dos processos de controle de constitucionalidade – especialmente na fiscalização abstrata e/ou concentrada – também aproximam os modelos. Da mesma forma, não é raro em tribunais e cortes constitucionais restrições à publicidade dos julgamentos (não das decisões).

Portanto, embora tais características sejam válidas, em princípio, para distinguir os sistemas de controle político dos sistemas de controle judicial, parece razoável sustentar que não se deve exagerar na distinção, pois a realidade pode se apresentar bem mais complexa do que a simplificação dos conceitos e modelos teóricos.

Observe-se adicionalmente que as referidas similitudes se dão especialmente entre sistemas de controle político e de controle judicial concentrado, na medida em que ambos acabam por implicar o monopólio da competência para realização do controle

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

de constitucionalidade e que órgãos políticos de controle de cortes ou tribunais constitucionais por vezes operam de forma semelhante.

Por outro lado, o grau máximo de distinção entre os sistemas político e judicial se dá exatamente no âmbito das diferenças entre os primeiros e os sistemas de controle judicial difuso (ou seja, os sistemas que aderem ao modelo unitário de que fala Canotilho).

3.1.1.1. Sistema francês

Entre os sistemas de controle político o mais notável e importante na contemporaneidade é o sistema francês, que será abordado no presente item.

Como já mencionado, o direito constitucional francês revelou-se, por razões históricas e ideológicas, infenso à adoção de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, remontando no mínimo ao século XVIII a proibição aos magistrados de suspender as leis ou impedir sua execução.[59] Entre as razões ideológicas da rejeição da ideia de controle judicial encontra-se a noção rousseauiana de soberania popular e de lei como vontade geral (VERPEAUX; BONNARD, 2007)[60], de um lado, e de outro a contraposta visão de Montesquieu de separação de poderes.

Entre as razões históricas, além da desconfiança francesa no judiciário (CAPPELLETTI, 1992), talvez haja, ainda, o fato de que no Antigo Regime a instituição do *droit de remontrance* se assemelharia – com muitas ressalvas – a algo como um controle judicial, de modo que institutos que permitissem recusa judicial à aplicação de leis seriam anti-revolucionários e

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

instituições concebidas como arcaicas.[61]
A alternativa encontrada para o problema do controle de constitucionalidade foi o estabelecimento de um órgão especializado, de caráter não-judicial, cuja missão seria resguardar a conformidade das leis para com a carta constitucional (VERPEAUX; BONNARD, 2007).

Tal órgão, denominado Conselho Constitucional (Conseil Constitutionnel), foi concebido como um órgão político de contenção do parlamento e veio a se tornar, por meio de sua atuação, em importante órgão de proteção de direitos fundamentais (GOMES, 1993).[62]

Na estrutura institucional francesa, tal órgão complementa a tarefa do Conselho de Estado no controle de regularidade da produção jurídica preservando uma versão mais estrita de separação dos poderes.[63]

O Conselho Constitucional francês é composto por 9 conselheiros, não necessariamente detentores de formação jurídica – até porque o órgão é reputado como não-jurisdicional e seus julgamentos como políticos, como já mencionado (CAETANO, 2009).

O provimento se dá pela nomeação de um terço dos conselheiros pelo Presidente da República, outro terço pelo Presidente da Câmara e do restante pelo Presidente do Senado.

Os membros nomeados do Conselho Constitucional possuem mandato de 9 anos, renovando-se o órgão parcialmente (1/3 dos conselheiros) de 3 em 3 anos (MIRANDA, 2003).

A constituição francesa prevê, ao lado dos conselheiros nomeados, a presença dos “membros de direito” vitalícios (a saber, os ex-presidentes da República Francesa), mas tal norma jamais foi aplicada

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

na prática (GOMES, 2003).[64]

Considerando o cariz político do controle de constitucionalidade francês, o mesmo ostenta características tais como a gratuidade, a desnecessidade de capacidade postulatória, a deflagração por simples ofício ou petição, a motivação facultativa, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos não impugnados, a confidencialidade do relator, a informalidade, a decisão tomada em sessão secreta, entre outras (GOMES, 2003).

Segundo Joaquim Barbosa Gomes, o Conselho possui competências extra-jurisdicionais ou semi-jurisdicionais e competências jurisdicionais (apesar de órgão formalmente não-judicial, como visto), sendo que aqui as que mais interessam são evidentemente as últimas.

Entre as funções extra-jurisdicionais ou semi-jurisdicionais estariam aquelas de controle da regularidade de consultas populares ou da eleição presidencial, por exemplo. As funções jurisdicionais contemplariam, evidentemente, o controle de constitucionalidade de normas.[65]

Podem ser objeto de controle diversas espécies de atos normativos, tais como leis orgânicas, leis ordinárias, regimentos internos do legislativo e instrumentos internacionais (CAPPELLETTI, 1992).

Por outro lado, o Direito Constitucional francês contempla atos legislativos imunes ao controle, a saber, as leis referendárias (por força do dogma da soberania popular) e as ordonnances (legislação elaborada pelo executivo em casos previstos na Constituição de 1958 ou por força de delegação legislativa).[66]

O sistema de controle político francês possui aspectos positivos e negativos. Uma das limitações

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

comumente apontadas consiste em seu caráter essencialmente preventivo, que impede ou no mínimo dificulta muito o controle posterior ou o tratamento da inconstitucionalidade superveniente. Além disso, outra limitação consiste no fato de que a deflagração do controle fica à mercê de órgãos essencialmente políticos – o que foi parcialmente relativizado por reforma constitucional, como se verá (CAPPELLETTI, 1992).

Por outro lado, o sistema também possui pontos positivos. Um deles é o efeito dissuasivo e o impacto político que causa, uma vez que, pelo menos com relação a certos tipos de normas, é um controle obrigatório e que seu efeito é de um veto absoluto, insuperável, como se verá (GOMES, 2003).[67]

Com efeito, o controle no sistema francês é feito em duas modalidades, a necessária e a provocada.[68] O controle necessário é aquele obrigatoriamente realizado, durante o próprio processo legislativo (o controle político francês é predominantemente preventivo, embora contemple hipóteses residuais de controle repressivo).

A aprovação de determinados atos – nomeadamente Leis Orgânicas[69] e alterações nos regimentos internos do Poder Legislativo – tem como condição necessária a aprovação pelo Conselho Constitucional, afigurando-se, portanto, como as hipóteses do referido controle necessário (CAPPELLETTI, 1992; GOMES, 2003).

Quanto às demais espécies normativas, como as leis ordinárias e os tratados internacionais, o controle é provocado, dependendo da iniciativa de algum dos legitimados para que o Conselho exerça suas funções de fiscalização da constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1992; GOMES, 2003).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Assim, quanto à modalidade do controle exercido pelo Conselho Constitucional francês, no que se refere ao momento do controle e à necessidade de provocação, é possível distinguir entre o controle preventivo e obrigatório, o controle preventivo e facultativo (provocado) e, por fim, o controle repressivo e facultativo (provocado) (GOMES, 2003).

O controle preventivo e obrigatório é o realizado ex officio durante o processo legislativo, tendo por objeto determinadas espécies normativas (leis orgânicas e regimentos do legislativo, como visto).

O controle preventivo e facultativo, por outro lado, é aquele que depende de provocação e é realizado durante o processo legislativo (tem por objeto, como visto, leis ordinárias e tratados internacionais).[70]

Já o controle repressivo e facultativo é hipótese excepcional, que ocorre em determinadas situações, como na alegada invasão do domínio do regulamento (*domaine du règlement*) pela lei (CAPPELLETTI, 1992).

Como já mencionado anteriormente, a Constituição da V República francesa atribui ao executivo competência normativa para regular todas as matérias que não sejam por ela expressamente atribuídas ao legislativo (constantes no art. 34).[71]

Na hipótese de alegação do executivo de invasão, pelo legislativo, do domínio reservado ao regulamento, provocando o Conselho Constitucional, a este caberá decidir a ocorrência ou não da referida atividade legislativa inconstitucional.[72]

Em sendo no sentido da procedência da impugnação proposta pelo executivo, entendendo o conselho tratar-se de lei apenas em sentido formal, e não material, se operará a *delegalisation* (“deslegalização”) da lei, como

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

já mencionado, passando a mesma a poder ser alterada ou mesmo revogada por decreto (GOMES, 2003).[73]

Esta é uma importante exceção ao caráter fundamentalmente preventivo do controle político de constitucionalidade francês, até porque a provocação do Conselho, nessa hipótese, pode se dar a qualquer tempo, não se sujeitando a prazo. Como se vê, não é exato afirmar inexistir controle repressivo em sistemas de controle político ou no sistema francês.

Observe-se, no entanto, que nem sempre o controle por alegada invasão do domínio do regulamento será repressivo, podendo ser preventivo, caso, durante o processo legislativo, o Presidente da República proponha uma moção de irrecevabilité, cujo provimento pelo Conselho impede a deliberação (GOMES, 2003).

O caráter essencialmente preventivo do controle, se de um lado é uma limitação, como aponta Cappelletti (1992), de outro não permite insegurança jurídica, ao não incidir senão excepcionalmente em situações já consumadas (GOMES, 2003).

Outra característica do sistema francês de controle político de constitucionalidade é a sujeição do controle a prazos curtos e em regra peremptórios, o que também é uma limitação, posto que uma vez aperfeiçoado o ato legislativo, em princípio não se afigura possível seu controle posterior ou repressivo.[74]

Isso significa que na prática uma lei inconstitucional porventura aprovada pelo parlamento sem ter sido objeto de controle pelo Conselho torna-se, na prática, uma espécie de revisão inconstitucional anômala, preponderando sobre as próprias normas constitucionais em sentido contrário, uma vez que aos

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

órgãos jurisdicionais é vedado o exercício do controle, e ao próprio Conselho Constitucional, neste caso, não será possível exercê-lo (salvo na hipótese repressiva excepcional de delegalisation que acaba de ser analisada).

Além da exceção ao caráter preventivo do controle, consubstanciada na alegação de domínio do regulamento, há que se recordar que a “jurisprudência” do Conselho Constitucional criou outra hipótese de controle repressivo, a partir de decisões proferidas nas décadas de 1980 e 1990.

Desde tais decisões o Conselho entende ser possível a realização do controle de constitucionalidade de uma lei anteriormente aprovada e já promulgada (insuscetível, portanto, em princípio, de controle) se houver pedido de controle posterior tempestivo (dentro dos prazos de impugnação, portanto) tendo por objeto uma nova lei que modifica a primeira. A conexão entre as normas autoriza que, para a análise da constitucionalidade da lei modificadora, analise-se a constitucionalidade da lei modificada. Outro problema do sistema francês é a impossibilidade de arguição pelo interessado que repute ser prejudicado por uma lei inconstitucional, uma vez que a iniciativa é, como já dito, restrita a órgãos políticos (VERPEAUX; BONNARD, 2007). De acordo com o texto constitucional original de 1958 a iniciativa de deflagração do controle – na modalidade provocada, naturalmente – era restrita ao Presidente da República, ao Primeiro Ministro, ao Presidente da Câmara e ao Presidente do Senado (CAPPELLETTI, 1992).

Tal iniciativa, além de extremamente restritiva, obviamente contemplava essencialmente os órgãos normalmente envolvidos no processo legislativo – o

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

que esvaziava em certa medida o controle de significado prático.

Foi uma emenda à Constituição aprovada em 1974 que fez com que a instituição ganhasse importância jurídica e política, ao incluir entre “legitimados” a deflagrar o controle perante o Conselho Constitucional um grupo de pelo menos 60 deputados ou 60 senadores, tornando-se a instituição, dali por diante, um instrumento da oposição e da minoria parlamentar (GOMES, 2003).[75]

Quanto ao parâmetro de controle, observe-se ser inicialmente restrito aos 92 artigos do texto original da Constituição francesa de 1958, o que era bastante limitador considerando-se as características daquela carta.[76]

A partir de uma decisão do Conselho proferida em 1971, no entanto, este firmou a noção de bloco de constitucionalidade, ampliando, desse modo, o parâmetro de controle (GOMES, 2003). A partir do reconhecimento da existência de normas supra-constitucionais, o Conselho Constitucional passou a entender ser possível realizar o controle de constitucionalidade não mais apenas a partir do texto da constituição da V República, mas também a partir de outros documentos e instrumentos (VERPEAUX; BONNARD, 2007).

Assim, passaram a integrar o parâmetro de controle de constitucionalidade, por força das referidas decisões do Conselho Constitucional, o preâmbulo da constituição de 1958, o preâmbulo da carta de 1946, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, ainda, alguns princípios afirmados nas mesmas (GOMES, 2003).

Nas hipóteses de controle preventivo, seja

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

obrigatório, seja facultativo ou provocado, a decisão do Conselho pela inconstitucionalidade impede, de forma absoluta, a promulgação da lei ou, em se tratando de instrumento internacional, suspende sua ratificação. Tais óbices somente podem ser contornados se houver remoção da inconstitucionalidade por revisão constitucional (CAPPELLETTI, 1992).

Observe-se, ainda, que a constituição da V República francesa estabelece que as decisões do Conselho Constitucional obrigam a todos os poderes públicos e seus órgãos, exceto ao próprio Conselho, que pode, no futuro, modificar seu entendimento.[77]

Observe-se, conclusivamente, que as decisões proferidas pelo Conselho Constitucional podem possuir conteúdo construtivo ou diretivo, e não apenas neutralizante, utilizando-se o Conselho Constitucional francês de técnicas de decisão como a interpretação conforme à constituição, de modo semelhante às cortes constitucionais de outros Estados europeus (GOMES, 2003).[78]

3.1.2. Controle judicial

Uma vez examinado o controle político de constitucionalidade francês passa-se ao estudo do controle judicial de constitucionalidade, o modelo claramente mais difundido no mundo na atualidade.

A adoção do controle judicial de constitucionalidade enseja importantes questões teóricas e práticas, políticas e jurídicas. De um ponto de vista teórico, por exemplo, muitos são os questionamentos sobre a tensão criada ao se atribuir ao judiciário – normalmente não eleito –

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

a competência para invalidar leis estabelecidas por órgãos democraticamente eleitos, como o parlamento.

A par de tais discussões, no campo prático a adoção de um sistema judicial de controle de constitucionalidade leva a outros problemas atinentes a diversos aspectos, como, por exemplo, quais órgãos devem possuir referida competência, quem devem ser os legitimados a deflagrar o controle, quais os limites do controle, quais os efeitos das decisões no tempo, qual a amplitude dos efeitos das decisões que declarem leis ou outros atos do poder público inconstitucionais, entre outras questões (MIRANDA, 2008).

Para compreender tal panorama, serão examinados no presente tópico quatro modelos principais de controle judicial de constitucionalidade. Além dos amplamente conhecidos sistema norte-americano e austríaco, serão examinados também o sistema aqui denominado de ítalo-alemão e, ainda que superficialmente, os sistemas mistos.

Quanto aos últimos convém observar a existência de inúmeras variantes, especialmente na América Latina, o que faz com que seja impossível teorizar sobre um modelo uniforme. Desse modo, utilizar-se-á o sistema brasileiro como caso exemplar de tal sistema, ressaltando-se as peculiaridades dos diversos demais sistemas mistos existentes.

Novamente aqui se seguirá a ordem cronológica, partindo do sistema mais antigo de controle judicial de constitucionalidade – o norte-americano –, surgido já no final do século XVIII e início do século XIX, para, em seguida, analisar o sistema austríaco, surgido em 1920, e, após, o sistema ítalo-alemão, surgido em 1948-1949.

Por fim analisar-se-á o sistema brasileiro, como dito,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

que, se como sistema de controle difuso surge no final do século XIX, com a proclamação da República, somente se torna misto na década de sessenta do século passado, como se verá.

3.1.2.1. Sistema norte-americano

O controle judicial de constitucionalidade norte-americano possui raízes insuspeitas, como já mencionado: a prática dos tribunais ingleses invalidarem leis coloniais que afrontassem as cartas coloniais e, talvez, até mesmo a tese de Coke no *Dr. Bonham's Case* (CAPPELLETTI, 1992).

Além disso, como consignado páginas atrás, já nos *Federalist Papers* defendia-se constituir competência inerente à atividade jurisdicional o controle de constitucionalidade das leis. Além disso, já no final do século XVIII registram-se algumas decisões judiciais de tribunais estaduais que declaravam a inconstitucionalidade de leis.

As ideias e as práticas que fundaram o controle difuso de constitucionalidade que surge no constitucionalismo norte-americano são anteriores, portanto, ao caso *Marbury v. Madison*, de 1803, muitas vezes considerado a origem do sistema – provavelmente por sua visibilidade, em virtude da questão política que era seu objeto e de ser proferida pela Suprema Corte.

Independentemente de tal fato, o raciocínio do Chief Justice John Marshall naquela decisão ilustra perfeitamente a lógica que inspira o sistema.

Sinteticamente sustentou Marshall que a função dos órgãos do poder judiciário é resolver os litígios de sua

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

competência aplicando a eles as leis validamente aprovadas pelo legislador.

A validade das leis, em um sistema com constituição suprema e rígida, pressupõe a conformidade daquelas para com esta. Com tal raciocínio, fica claro que deveria caber aos magistrados não apenas o poder, mas inclusive o dever de, antes de aplicar as leis nos casos concretos sob julgamento, verificar a constitucionalidade daquelas, pressuposto de validade de tal aplicação (CAPPELLETTI, 1992).

Consequentemente, as leis reputadas inconstitucionais pelo magistrado deveriam ter sua aplicação recusada pelo judiciário. Este raciocínio lógico-dedutivo complementava a noção política segundo a qual o indivíduo não teria dever de obediência em face de leis inconstitucionais, devendo o poder judiciário ser o bastião de proteção daquele em face destas.

O raciocínio ora reproduzido não apenas explica por que razão, na ótica esposada pelo Direito Constitucional norte-americano o controle de constitucionalidade das leis é atividade inerente ao exercício da jurisdição, sob pena de permitir-se a aplicação de leis inconstitucionais.

O raciocínio explicita, ainda, a principal característica do sistema, qual seja, seu caráter difuso (CAPPELLETTI, 1992). Como já mencionado, sistema difuso é aquele no qual todos os órgãos do poder judiciário, desde os de menor hierarquia até o órgão de cúpula, possuem a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis nos casos concretos sob sua jurisdição.

O raciocínio exposto por Marshall em *Marbury v. Madison* evidencia que, sendo inerente à jurisdição a

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

aferição preliminar da constitucionalidade das leis a serem aplicadas em um caso concreto, tal competência deveria ser conferida a todo e qualquer órgão jurisdicional, e não apenas a um ou a alguns desses órgãos.

Tal concepção relaciona-se, portanto, com a atribuição daquela competência a todos os órgãos jurisdicionais, desde juízes de primeiro grau até a Suprema Corte.

Tal característica faz, portanto, com que o sistema norte-americano seja classificado como sistema de jurisdição unitária ou modelo unitário (CANOTILHO, 2003), na medida em que os órgãos do judiciário exercem tanto a jurisdição ordinária como a jurisdição constitucional, não havendo bipartição da jurisdição entre diferentes órgãos, uns competentes para o exercício da jurisdição ordinária e outros para a jurisdição constitucional. Nesse sistema, todos os órgãos exercem a jurisdição em sua amplitude, isto é, tanto ordinária quanto constitucional e, em contrapartida, não há órgãos especializados exclusivamente em matéria constitucional.

Deve-se fazer uma observação importante sobre a relação entre o sistema difuso e o sistema jurídico do Common Law, já apontada por Cappelletti e outros.

Como é sabido, um dos princípios basilares de tal sistema é o *stare decisis*, ou seja, o precedente vinculante. Segundo tal princípio estruturante os precedentes vinculam as decisões futuras do órgão jurisdicional que os proferiu e dos órgãos jurisdicionais a ele inferiores (DAVID, 2002).

Assim, embora o controle de constitucionalidade seja feito sempre no bojo de um caso concreto no sistema difuso – embora não necessariamente de

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

maneira incidental[79] –, não havendo controle de constitucionalidade abstrato ou em tese, e, sendo assim, limitando-se os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, à primeira vista, às partes no caso concreto, tal situação é modificada pelo *stare decisis* (CAPPELLETTI, 1992).

Isso porque este princípio do Common Law faz com que as decisões – inclusive as declaratórias de inconstitucionalidade – acabem por ser amplificadas, transcendendo os limites do caso concreto, embora sem se confundirem com decisões dotadas de eficácia geral, como as existentes nos sistemas de controle concentrado.

Isso ocorre, evidentemente, porque uma vez estabelecido um precedente que, por exemplo, declara a inconstitucionalidade de uma lei, tal precedente obrigará que, nos casos futuros que se apresentem, em princípio, a lei seja sempre reputada inconstitucional, dentro de certos limites, seja pelo próprio órgão que proferiu a primeira decisão, seja pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores a ele, se houver.[80]

Nesse contexto, embora as decisões declaratórias de inconstitucionalidade no sistema difuso norte-americano não sejam dotadas de eficácia erga omnes, elas tampouco são dotadas de mera eficácia inter partes, sendo amplificadas pelo princípio do precedente vinculante (CAPPELLETTI, 1992).

Situação diversa gerará a introdução do controle difuso de constitucionalidade em um sistema de base romanística, que desconhece o precedente vinculante (o que ocorreu, por exemplo, na Itália, como rememora Cappelletti, e também no Brasil). Em tal sistema as decisões declaratórias de inconstitucionalidade

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

proferidas em controle difuso terão eficácia restrita às partes no processo, diante da ausência de precedente vinculante, salvo opere algum mecanismo de amplificação dos efeitos da decisão porventura existente (como será analisado adiante).[81]

O sistema difuso, como dito, permite a realização do controle de constitucionalidade das leis por qualquer órgão jurisdicional, mas sempre em um caso concreto (CAPPELLETTI, 1992).

É estranha a tal sistema a atividade conhecida como controle abstrato ou em tese de normas, e não existem institutos como as ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, o controle ali é exercido apenas por ocasião do julgamento de um caso concreto, envolvendo direitos ou interesses jurídicos específicos em juízo, de modo que é correto afirmar que é sempre feito *in concreto* e nunca *in abstrato*, embora possa ser realizado de modo incidental ou em via principal, como já mencionado (*writs* da jurisdição constitucional das liberdades).[82]

A caracterização do sistema norte-americano como sistema de jurisdição *una* implica a ausência de órgão jurisdicional especializado em matéria constitucional e, especialmente, de órgão que monopolize a jurisdição constitucional (CANOTILHO, 2003).

Não haverá, portanto, em sistemas difusos, corte ou tribunal constitucional em sentido estrito. Ao contrário, haverá um órgão jurisdicional de cúpula – como a Suprema Corte norte-americana ou o Supremo Tribunal Federal brasileiro –, que tecnicamente não se caracteriza como corte ou tribunal constitucional (CAPPELLETTI, 1992).

Tal órgão não se configura como um tribunal ou corte constitucional em sentido próprio porque, além

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

de não deter apenas competência em matéria constitucional, julgando também outras matérias, tal órgão tampouco detém o monopólio do controle de constitucionalidade. Pode-se acrescentar, ainda, o fato de que o acesso a ele se dará eventualmente pela via recursal, diversamente do que ocorre, normalmente, no que se refere às cortes ou tribunais constitucionais (CAPPELLETTI, 1961).

Evidentemente que sendo o mesmo o órgão de cúpula do poder judiciário, possuirá protagonismo em questões constitucionais, pois a ele caberá proferir a última palavra nessas questões – como, de resto, nas demais.

Além disso, embora suas decisões em princípio não possuam eficácia geral, diferentemente daquelas proferidas pelas cortes ou tribunais constitucionais típicos de diversos países da Europa continental, o *stare decisis* (se o sistema for o do Common Law) fará com que elas tenham que ser observadas por todos os órgãos do poder judiciário e, reflexamente, por todos os jurisdicionados e pela administração pública – mas não diretamente pelos últimos, sendo vinculantes apenas para os órgãos judiciais.[83]

A competência para exercer a jurisdição constitucional em tais sistemas é difusa, portanto, partilhada por todos os órgãos integrantes do poder judiciário. A capacidade para deflagrar tal controle coincide, portanto, com a capacidade para ser parte, pois qualquer jurisdicionado pode, em um caso concreto, arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público. Não há que se falar, aqui, de iniciativa restrita, por exemplo, como em regra ocorre em sistemas que adotam o modelo de separação (sistemas concentrados).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Aspecto conexo é a dependência, evidentemente, do princípio da instância, sendo necessário em regra a iniciativa da parte, vigorando portanto o princípio da instância (CAPPELLETTI, 1992), embora em alguns sistemas seja possível ao judiciário a declaração de inconstitucionalidade de ofício, por considerar-se a inconstitucionalidade questão de ordem pública.[84]

Naturalmente, em se tratando de controle judicial, este em regra será um controle repressivo ou posterior da inconstitucionalidade (diversamente do que ocorre nos sistemas políticos), exigindo-se a prática de algum ato baseado na norma que se reputa inconstitucional para que este possa ser judicialmente questionado e para que, eventualmente, a norma venha a ser declarada inconstitucional.

Além dos aspectos orgânicos, modais e temporais da realização do controle de constitucionalidade, um aspecto de importância crucial na compreensão do controle de constitucionalidade difuso em análise é aquele relativo à teoria da invalidade da norma inconstitucional.

Com efeito, embora a teoria da invalidade no campo constitucional não esteja tão desenvolvida como em outros ramos do direito (CANOTILHO, 2003), existem algumas concepções sobre a temática que embasam os diferentes sistemas e que repercutirão em aspectos importantes, como os efeitos do controle de constitucionalidade.

O direito constitucional norte-americano tradicionalmente pretendeu endossar a teoria ou doutrina da nulidade ipso jure da norma inconstitucional, que concebe esta como um ato inservível, praticado desde o início ultra vires e, portanto, privado de validade (null and void), devendo

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

ser recusada ao mesmo a produção de quaisquer efeitos válidos.

A tese da nulidade ipso iure referida postula, ainda, a invalidade dos atos de aplicação da norma inconstitucional, além da necessidade de restituição da situação ao status quo ante (CAPPELLETTI, 1992).

Isso conduz, como ensina Cappelletti, à noção de que a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade seria meramente declaratória de um vício grave (insanável e não-convalidável) pré-existente e que, conseqüentemente, ostentaria típicos efeitos retroativos ou ex tunc (CAPPELLETTI, 1992).

A tese da nulidade e seu consectário, a tese da retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade e da restituição ao status quo ante, foram dogmáticamente reiterados pelos juristas norte-americanos até que finalmente tiveram que ser relativizadas.

Decisões proferidas pela Suprema Corte norte americana a partir da década de 1940 revisaram o dogma da retroatividade, alterando os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade no tempo.

Os precedentes mais importantes nesta senda são *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank* (1940)[85] e *Linkletter v. Walker* (1964)[86].

A primeira decisão considerou que embora uma lei inconstitucional não estabeleça direito válido, constitui um fato operativo dotado de conseqüências que devem ser consideradas (MARINONI, 2013; MENDES, 2014).

O segundo precedente reconheceu a impossibilidade de uma decisão judicial apagar, sempre e em todos os casos, o passado. Com efeito, um limite ao controle de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

constitucionalidade são as situações empiricamente irreversíveis e, em muitos casos, mesmo as situações, embora reversíveis, já há muito consolidadas, ainda que fundadas em leis inconstitucionais.[87]

Como se vê, a despeito da coerência lógica existente na ideia da nulidade de pleno direito da norma inconstitucional e no conseqüente caráter declaratório e retroativo da decisão de inconstitucionalidade, mesmo no sistema norte-americano acabou por ser reconhecida a necessidade de limites à retroatividade.

Por vezes a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode ser inviável – em situações irreversíveis na prática, por exemplo – ou, ainda, ostentar impactos extremamente negativos na segurança jurídica, também constitucionalmente tutelada, atingindo, por exemplo, terceiros de boa-fé que tenham cumprido a lei com base na sua presunção de constitucionalidade e validade ostentada por aquela.[88]

Assim, desde então se estabeleceu um sistema segundo o qual cabe ao próprio tribunal decidir sobre os efeitos retroativos ou irretroativos caso a caso, conforme as circunstâncias concretas, em situação análoga – mas não idêntica – à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, presente em outros sistemas como se verá.

O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, aqui sumariamente descrito, tem extrema importância por inaugurar nos sistemas jurídicos contemporâneos o controle judicial de constitucionalidade.

Além disso, dada a importância do direito constitucional norte-americano, já referida no capítulo anterior, foi objeto de ampla exportação (difusão) para

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

os mais variados quadrantes do globo, tendo sido recepcionado por diversos sistemas constitucionais, notadamente na América Latina.

Examinado o judicial review norte-americano, cabe rememorar o surgimento e as principais características dos sistemas concentrados, cujo primeiro caso é o sistema austríaco, que se passa a estudar no tópico seguinte.

3.1.2.2. Sistema austríaco

O sistema difuso norte-americano desconhecia, como visto, qualquer mecanismo destinado exclusivamente à realização do controle de constitucionalidade em abstrato, sem vínculo a um caso concreto. A criação dessa possibilidade surge no direito austríaco, com a Constituição Federal de 1920 (Bundes-Verfassungsgesetz), sendo a grande contribuição desse sistema à posteridade.

Com efeito, por influência do pensamento de Hans Kelsen, aquela constituição cria um novo modelo de controle judicial de constitucionalidade, de características muito distintas relativamente ao judicial review.

O controle instaurado sob a nova ordem constitucional austríaca era concebido para operar a partir de mecanismos peculiares. O sistema é denominado de modelo da separação, como já dito, uma vez que distingue e separa jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, outorgando a primeira aos diversos órgãos integrantes do poder judiciário e tornando a última monopólio de um órgão jurisdicional especializado (CANOTILHO, 2003).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Este órgão, no sistema austríaco, é a Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof) – em alguns sistemas concentrados também denominado tribunal constitucional – cuja função é especificamente a de realizar o controle de constitucionalidade das leis (CAPPELLETTI, 2003).[89]

Organicamente, portanto, o sistema se distingue dos rivais pela presença de uma corte ou tribunal constitucional, órgão integrante do poder judiciário incumbido da jurisdição constitucional e que a exerce com exclusividade (traço decisivo que a distingue de supremas cortes).[90]

Em geral, o tribunal ou corte constitucional atua apenas em matéria constitucional, além de ser o único ao qual é conferida a competência de realizar o controle de constitucionalidade das leis.[91]

Diversas foram as razões, tanto teóricas quanto práticas, que levaram à concepção do modelo no qual um tribunal especializado monopoliza a competência para o controle de constitucionalidade.

Kelsen expõe em seu clássico estudo intitulado “A garantia jurisdicional da constituição” diversas delas, coerentemente com sua teoria sobre o sistema jurídico (KELSEN, 2001).

Passando ao largo de tais aspectos, uma das razões de cunho pragmático mais relevantes parece ter sido a difícil conciliação do sistema difuso de controle de constitucionalidade com um sistema jurídico de base romano-germânica, pois como já referido anteriormente de passagem, a integração desses dois sistemas costuma ostentar alguns problemas.

Já foi aqui observado que no sistema do Common Law, o princípio do precedente vinculante amplifica os efeitos das decisões para além do caso concreto,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

estabilizando o sistema em termos de segurança jurídica ao impedir a persistência de jurisprudência vacilante em matéria de constitucionalidade das leis.

Nele os precedentes, principalmente aqueles tomados pelos tribunais tendem a conduzir a uma pacificação do entendimento dos demais órgãos judiciais sobre diversas matérias, inclusive, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (CAPPELLETTI, 1992).[92]

Portanto, no Common Law o princípio do stare decisis (precedente vinculante) reduz a insegurança jurídica e o risco de multiplicação de decisões contraditórias, o que não ocorre no sistema romano-germânico, no qual geralmente encontra-se ausente a instituição do precedente vinculante, donde decorre não terem os órgãos jurisdicionais inferiores o dever de adotar o entendimento dos superiores (como regra geral), possibilitando-se a permanência de indefinição inclusive acerca da inconstitucionalidade das leis.

São conhecidos, portanto, os inconvenientes da operação do controle difuso em matriz romano-germânica, sendo exemplos notórios o direito italiano de transição vigente no período do pós-segunda guerra e antes da adoção da constituição de 1948 (CAPPELLETTI, 1992).[93]

Outra preocupação pragmática que parece repercutir nas características do sistema concentrado austríaco é a necessidade do reconhecimento da lei inconstitucional como fato que produz consequências – por vezes irreversíveis ou de difícil reversibilidade, como já examinado ao tratar da mitigação da tese da nulidade da lei inconstitucional nos EUA (KELSEN, 2001).

Assim, a constituição austríaca de 1920 inovou fortemente ao criar um sistema concebido para

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

funcionar de maneira radicalmente distinta do sistema difuso, mais de cem anos após a criação deste.

Neste novo sistema prevê-se um órgão especializado em matéria constitucional – a Corte Constitucional – e que monopoliza o controle de constitucionalidade, como dito.[94]

Previa aquele sistema constitucional inicialmente que tal órgão somente poderia ser acionado por meio de uma ação especial diretamente a ele dirigida, e proposta por um legitimado especial – normalmente um órgão político (CAPPELLETTI, 1992).[95]-[96]

O controle de compatibilidade da norma infraconstitucional para com a constituição será feito, nesse sistema, em abstrato ou em tese, isso é, desvinculado de qualquer caso concreto, podendo, inclusive, ter por objeto lei em vacatio legis ou que ainda não foi objeto de aplicação em nenhum caso concreto, portanto.

Outra característica marcante, decorrente de todas as anteriores, é a amplitude das decisões proferidas pela Corte Constitucional em processo de controle de constitucionalidade.

Diferentemente do sistema norte-americano, em que a eficácia das decisões restringe-se ao caso concreto, expandindo-se gradualmente apenas por força da operação do stare decisis, no sistema concentrado tais decisões possuem desde sua publicação na imprensa oficial, em princípio, eficácia geral (CAPPELLETTI, 1992).

Dizendo-se de outro modo, as decisões em que a corte constitucional declara a inconstitucionalidade de uma lei possuem eficácia erga omnes e efeito vinculante, revestindo-se de uma eficácia análoga à da lei, razão pela qual é comum a utilização da noção de

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

decisões dotadas de força de lei (*gesetzkraft*). [97]

Estas decisões com amplos efeitos, atingindo tanto as partes (formais) do processo em que foram proferidas quanto terceiros, de forma extremamente ampla, são uma das grandes contribuições do sistema concentrado austríaco à jurisdição constitucional.

Como espécie de controle judicial que é, sistema o concentrado é concebido para ter caráter repressivo, sendo voltado, em regra, contra norma jurídica cujo processo de formação esteja pronto e acabado (norma definitivamente integrada ao sistema jurídico), embora esta não necessariamente precise estar em vigor, distinguindo-se, assim, de sistemas contemporâneos como o francês.

Além disso, sendo judicial o sistema adota o princípio da instância (CAPPELLETTI, 1992), exigindo via de regra que um dos legitimados especiais previstos pela ordem jurídica deflagre a atuação do tribunal ou corte constitucional.

O sistema foi originalmente concebido para operar exclusivamente através da sistemática das ações diretas de controle abstrato, não se prevendo hipóteses de controle incidental ou provocado por ocasião de um caso concreto (CAPPELLETTI, 1992).

Assim, se um dos órgãos especialmente legitimados à propositura da ação não tomasse a iniciativa de acionar a Corte Constitucional, não havia previsão de outro meio de impugnação pelo próprio interessado.

Nesse contexto, o jurisdicionado comum, mesmo que afetado em seus direitos ou interesses juridicamente tutelados por lei inconstitucional – e ainda que a inconstitucionalidade fosse manifesta –, não possuía meios de arguir sua invalidade em juízo.

Além disso, diante do caráter concentrado do

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

sistema, tampouco possuíam os demais órgãos jurisdicionais competência para realizar o controle ou provocá-lo de alguma maneira, pois é característica basilar de qualquer sistema que adote o modelo de separação a proibição de que órgãos da jurisdição ordinária efetuem, sob qualquer pretexto, controle de validade constitucional das leis (CANOTILHO, 2003).

Correlatadamente, juízes e tribunais em geral, ainda que provocados, nada podiam fazer, mesmo que convencidos da inconstitucionalidade da norma a ser aplicada, por faltar-lhes competência – não lhes restando alternativa senão aplicar a lei (mesmo se manifestamente inconstitucional), o que representava grave limitação do sistema (CAPPELLETTI, 1992).

Recorde-se que o tribunal constitucional não é um tribunal recursal nos sistemas concentrados, não cabendo a ele, em geral, nenhum “recurso” – no sentido convencionalmente atribuído ao termo pelo direito processual –, diversamente do que ocorre quanto às supremas cortes dos sistemas difusos.

Desse modo, sequer poderia o interessado aguardar que, por força de eventual derradeiro recurso, seu caso chegasse à Corte Constitucional, pois isso não aconteceria, por não se tratar de tribunal recursal, mas de órgão especial acionável apenas por ação oligopolizada por um rol taxativo de legitimados ativos.

Assim, o sistema concentrado austríaco, como originalmente concebido em 1920, não contemplava o controle incidental, em caso concreto. Os inconvenientes e limites de um sistema com essa configuração são patentes, como evidencia Cappelletti. Aplicam-se, em parte, as limitações referidas quanto ao sistema político francês.

Na inércia de um dos legitimados para a provocação

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

da jurisdição constitucional, uma lei, ainda que manifestamente inconstitucional, não poderia deixar de ser aplicada, sob nenhum pretexto, sendo inútil ao interessado, ademais, arguir sua inconstitucionalidade.

Essa foi uma das severas limitações de modelo que fizeram com que o mesmo tivesse que ser reformulado por reforma constitucional já em 1929, como ensina Cappelletti (CAPPELLETTI, 1992).

Além disso, o sistema austríaco endossava uma teoria da invalidade da norma inconstitucional muito distinta da norte-americana. Por influência do pensamento de Kelsen, para quem não se afiguraria possível sustentar tal visão (KELSEN, 2001), toda norma inconstitucional seria reputada tão-somente anulável.

Com efeito, no magistério daquele autor, norma inconstitucional é expressão que traduziria verdadeira contradição em termos e impossibilidade lógica, devendo significar apenas uma norma passível de invalidação por um processo especial, distinto da revogação (KELSEN, 2003).

A diferente concepção da inconstitucionalidade, calcada nas concepções teóricas de Kelsen, também tinha fundamentos pragmáticos, como já referido. Ela conduzia, em termos práticos, à noção de que a decisão da Corte Constitucional pela inconstitucionalidade não teria natureza declaratória, mas constitutiva, anulando a norma e não atestando uma nulidade preexistente (CAPPELLETTI, 1992).

A consequência óbvia mais marcante recai sobre os efeitos temporais da decisão, pois no marco dessa lógica a mesma teria efeitos irretroativos, operando a invalidação da norma apenas a partir da publicação da decisão.[98]

Portanto, sob o sistema austríaco as situações

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

juridicamente constituídas anteriormente com base na lei anulada por inconstitucionalidade seriam mantidas incólumes, não havendo retroatividade, em princípio.[99]

Mais do que isso, com base na consciência dos limites da retroatividade e nos inconvenientes de sua operação em inúmeros casos, o sistema austríaco inaugurou a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Este instituto pode ser entendido como a modificação dos efeitos típicos daquela declaração, que, em sendo irretroativos no sistema em estudo, poderiam, por decisão da Corte Constitucional, ser dotados de efeitos pro futuro (CAPPELLETTI, 1992), no limite temporal de até 18 meses a contar da decisão, de acordo com a redação atual do art. 140, 5, da Constituição Federal austríaca em sua redação atual.

O principal fundamento do instituto da modulação dos efeitos consiste na segurança jurídica, procurando-se evitar que o controle de constitucionalidade redunde em situações de grave insegurança ou incerteza, como a ausência de uma norma sem tempo hábil para ser substituída por meio de processo legislativo regular.[100]

A ausência de efeitos retroativos, assim como a ausência de qualquer forma de controle incidental constituíram importantes problemas para o sistema em comento, tendo acarretado a já referida reforma de 1929 (CAPPELLETTI, 1992).

Essa reforma revisou ambas as características, instituindo não apenas uma peculiar forma de controle incidental como, também, revendo o postulado da irretroatividade das decisões de inconstitucionalidade.[101]

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Com efeito embora a Corte Constitucional continuasse a monopolizar o controle de constitucionalidade no sistema austríaco, a partir da reforma possibilitou-se que os tribunais superiores – e apenas estes –, quando estivessem diante de uma arguição de inconstitucionalidade que julgassem fundada em um processo em trâmite perante eles, provocassem uma manifestação da Corte Constitucional.

A partir da reforma de 1929, portanto, continuavam juízes e tribunais austríacos tolhidos da competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Não obstante, os dois tribunais superiores – um em matéria cível e criminal (Oberster Gerichtshof)[102] e outro em matéria administrativa (Verwaltungsgericht)[103] passaram a ter a faculdade de proferir decisões de reenvio, consistentes em decisões de sobrestamento do andamento de feito em curso perante suas jurisdições e remessa da questão prejudicial de constitucionalidade para apreciação da Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof) (CAPPELLETI, 1992).[104]

Note-se não se tratar de recurso em sentido técnico-processual, mas de decisão do próprio tribunal superior que, considerando plausível eventual inconstitucionalidade de norma aplicável ao caso concreto, submete a questão à apreciação da Corte Constitucional para que esta a solucione.

A decisão da última se circunscreve à matéria constitucional, deixando outras matérias para o julgamento do tribunal superior de origem, ao qual o processo é devolvido para que ultime o julgamento quanto às demais questões (observada a decisão da corte constitucional na matéria a ela afeta)

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(SGARBOSSA; JENSEN, 2008).

Tal sistemática ampliou consideravelmente o sistema de controle de constitucionalidade austríaco, em comparação com sua compleição original, tanto sob o aspecto modal quanto sob o aspecto de iniciativa.

Sob o aspecto modal, um sistema que adotava um controle abstrato essencialmente provocado por ação passou a contemplar também um controle incidental de caráter secundário – preservando o monopólio da Corte Constitucional por meio da sistemática das decisões de reenvio.

Sob o aspecto de iniciativa, ampliaram-se os órgãos capazes de provocar o pronunciamento da corte constitucional, na medida em que a partir de então também os tribunais superiores podiam fazê-lo em casos sob sua jurisdição.

Ressalve-se, por outro lado, que mesmo após tal reforma o sistema continuava a ser bastante limitado do ponto de vista do controle incidental, na medida em que todos os órgãos do judiciário que não a Corte Constitucional continuavam sem capacidade de realizar o controle de constitucionalidade e, além disso, apenas dois deles (os superiores) poderiam provocar a manifestação daquele órgão, submetendo à sua apreciação questões de constitucionalidade.

No mesmo diapasão, observe-se que os jurisdicionados continuavam em grande medida à mercê da aplicação de leis eventualmente inconstitucionais, posto que deveriam ultrapassar primeiro e segundo grau de jurisdição para somente então terem a possibilidade – a juízo do tribunal superior – de ter a questão constitucional eventualmente apreciada pelo órgão especializado (CAPPELLETI, 1992).

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Uma alteração conexa a esta, e praticamente decorrência dela, também levada a cabo com a reforma constitucional de 1929, foi a modificação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade quanto ao tempo, já anteriormente mencionada.

Se a tese da anulabilidade e a correlata da irretroatividade das decisões de inconstitucionalidade era perfeitamente compatível com o sistema originalmente instaurado de impugnação da inconstitucionalidade exclusivamente por meio de ação direta de controle abstrato, o mesmo não se verifica a partir da introdução do controle incidental ora narrado.

Isso porque a prevalecer a visão original (irretroatividade) de nada adiantaria a arguição de inconstitucionalidade pela parte em um processo em curso, pois as situações já ocorridas, sendo anteriores à eventual decisão de inconstitucionalidade, não seriam por esta atingidas.

Isso, como observa Cappelletti, tornaria inúteis e despiciendo os institutos de controle incidental de constitucionalidade introduzidos no sistema concentrado austríaco (CAPPELLETTI, 1992).

Sendo assim, foi necessário relativizar a tese da irretroatividade das decisões de inconstitucionalidade no sistema austríaco, mantendo-a para as decisões proferidas no julgamento de ações diretas e excepcionando desse regime as proferidas por força de decisão de reenvio (ou seja, incidentalmente), pois estas teriam logicamente que atingir as situações anteriormente ocorridas, pelo menos no que diz respeito às partes no processo.[105]

Desse modo, o sistema em comento, em sua configuração atual, ostenta decisões irretroativas como regra, retroativas como exceção (no que diz respeito às

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

partes do processo em cujo bojo a questão de inconstitucionalidade foi levantada), e, eventualmente, futuras, por força de modulação (art. 140, 5 da Constituição Federal austríaca).

Examinados os aspectos essenciais do sistema concentrado austríaco de constitucionalidade convém examinar um sistema dele derivado, mas com ele inconfundível devido a diversos traços distintivos, que aqui será denominado de sistema ítalo-alemão, objeto do tópico seguinte.

3.1.2.3. Sistema ítalo-alemão

A explicação desse sistema, mais recente relativamente aos dois já examinados, será mais breve, posto que muitos de seus aspectos já foram evidenciados pelo que foi dito acerca do sistema austríaco, bastando aqui sublinhar algumas diferenças existentes entre ambos.

O sistema ítalo-alemão é uma variante do modelo de separação (CANOTILHO, 2003) ou sistema concentrado, e aqui é assim denominado em virtude de ter surgido com a Constituição da República Italiana de 1948 e com a Lei Fundamental alemã de 1949, tendo sido difundido posteriormente para outros sistemas constitucionais, com variações.

Diante de tal característica, constata-se haver em ambos os sistemas, além dos órgãos da jurisdição ordinária, um órgão especializado que monopoliza a jurisdição constitucional (HESSE, 1998).

Na Itália tal órgão é a Corte Constitucional (Corte Costituzionale), ao passo que na Alemanha é o Tribunal

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Ambos são, portanto, cortes constitucionais, e não supremas cortes.[106]

A Corte Constitucional italiana é integrada por 15 juízes, sendo um terço deles indicado pelo presidente, um terço pelo parlamento e o restante pela magistratura, todos para mandato de 9 anos. O Tribunal Constitucional Federal alemão, por sua vez, é integrado por 16 juízes, metade dos quais é escolhida por cada uma das casas do parlamento (Bundestag e Bundesrat) para mandato de 12 anos.[107]

Embora tal similitude orgânica ou estrutural pudesse sugerir que se trata, ainda, do sistema de controle de constitucionalidade de tipo austríaco, logo restará evidenciada a existência de traços significativos que distinguem ambos os sistemas.[108]

Como decorrência da adoção da concentração, resta evidente que também na Itália, como na Alemanha, estão os juízes de primeiro grau e os tribunais, inferiores e superiores, tolhidos da competência para realizar diretamente o controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1992).

Aqui também convivem o acionamento da jurisdição constitucional por meio de ações diretas com o controle incidental realizado por meio da técnica das decisões de reenvio (SCHWABE, 2006).[109] Também se verificam, na eventual declaração de inconstitucionalidade, a invalidação da lei com efeitos gerais (erga omnes) e vinculantes (HESSE, 1998).[110]

Também tal traço poderia indicar à primeira vista uma pertença de tais sistemas ao tipo austríaco, o que, salvo melhor juízo, não é a melhor orientação, embora a proximidade seja evidente.

Com efeito, embora nitidamente inspirado no

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

sistema austríaco e em certa medida bastante semelhante a ele, o sistema ítalo-alemão possui pelo menos duas características distintivas que representam diferenças cruciais.

A primeira delas é o incremento promovido por tais sistemas no âmbito do controle incidental de constitucionalidade; a segunda é a diferente teoria da invalidade da norma inconstitucional que informa cada um dos sistemas, com conseqüências importantes quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Primeiramente observe-se que a operação geral do sistema ítalo-alemão é bastante similar à do austríaco não apenas no que diz respeito ao controle por ação, mas também no que diz respeito ao controle incidental.

A principal diferença, quanto ao último aspecto, é que o número de órgãos judiciais aos quais é conferida a competência para proferir decisões de reenvio, submetendo questões constitucionais à decisão da Corte/Tribunal Constitucional é muito mais amplo do que no sistema austríaco (CAPPELLETTI, 1992).

Neste, como vimos, apenas dos dois tribunais superiores eram competentes para tanto de acordo com as modificações procedidas pela reforma constitucional de 1929, sendo todos os demais tribunais e juízes privados de tal capacidade, nada podendo fazer senão aplicar a lei, ainda que eventualmente a reputassem inconstitucional.

No sistema criado nas ordens constitucionais italiana e alemã no período posterior à Segunda Guerra Mundial, não são apenas os tribunais superiores que possuem tal competência, sendo a todos os órgãos que exercem a jurisdição, abrangendo, portanto, tribunais inferiores e mesmo órgãos de primeiro grau

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

(CAPPELLETTI, 1992).[111]

Essa é uma drástica alteração em termos de aumento do número de órgãos jurisdicionais aptos a provocar uma decisão, por parte do tribunal ou corte constitucional quanto à constitucionalidade de uma lei, evidentemente.

Em conseqüência, a situação do jurisdicionado melhora substancialmente em termos de conseguir provocar o controle de constitucionalidade e eventualmente evitar ficar sujeito à incidência de uma lei inconstitucional por meio da arguição da inconstitucionalidade no bojo de processo em curso.

Assim, embora a decisão do reenvio caiba ao tribunal – não se trata de recurso ao tribunal constitucional, como visto –, a condição do jurisdicionado melhora de modo geral.[112]

Além de tal aprimoramento no controle incidental de constitucionalidade, outra diferença notável afasta o sistema concentrado de tipo austríaco do sistema concentrado em exame. Trata-se, como já dito, da teoria da invalidade da norma inconstitucional.

Se na Áustria considera-se a norma inconstitucional meramente anulável, na Itália e na Alemanha, como nos EUA, considera-se a norma inconstitucional nula (HESSE, 1998).

Ou seja, o direito italiano e o direito alemão perfilham a teoria da nulidade da norma inconstitucional, estando, quanto a este aspecto, mais próximos do direito constitucional norte-americano do que do austríaco (CAPPELLETTI, 1992).

As conseqüências são análogas, como ensina Cappelletti. Na Itália e Alemanha, como nos EUA, a decisão de inconstitucionalidade é considerada declaratória de um vício grave que inquina a validade a

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

norma desde sua origem.

Este vício, em geral concebido como insanável e não convalidável, tal como no direito constitucional norte-americano, acaba por acarretar a invalidade de todos os atos decorrentes da lei inconstitucional (HESSE, 1998).[113]

A consequência de tal concepção é o caráter retroativo da decisão que declara a inconstitucionalidade, como já visto, devendo em tese ser tanto quanto possível restituído o status quo ante, desfazendo-se as consequências derivadas do ato inconstitucional (CAPPELLETTI, 1992).[114]

Obviamente também aqui existirão limites práticos à operação da retroatividade, tais como situações irreversíveis ou de reversão muito difícil ou problemática, adotando estes sistemas mecanismos de mitigação, como as fórmulas de preclusão do direito alemão (MENDES, 2014).[115]

Sobre a invalidade da norma inconstitucional, considerando-se as variadas concepções já examinadas, cabe um comentário conclusivo.

Primeiramente na atualidade os sistemas tendem a soluções intermediárias, contemplando hipóteses de retroatividade e irretroatividade, de nulidade e anulabilidade, e assim por diante.

Isso se dá porque, independentemente dos dogmas doutrinários adotados por qualquer sistema, situações concretas se colocam como limite a qualquer solução extrema – como foi aqui examinado por ocasião da análise do sistema norte-americano e do sistema austríaco.[116]

Em função disso, há que se registrar que atualmente os sistemas estão conseguindo dar diferentes soluções para cada caso.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Jorge Miranda, por exemplo, evidencia que na atualidade é possível associar diversos valores à inconstitucionalidade, indo desde a inexistência até a mera irregularidade, passando por hipóteses de nulidade e anulabilidade, com diversas consequências práticas (MIRANDA, 2008).

A tendência contemporânea e, possivelmente, futura, será a sofisticação da compreensão da invalidade da norma inconstitucional, adotando-se teorias ecléticas que sejam capazes de contemplar casos de diferente gravidade com diferentes consequências, ao que parece.

Essas duas diferenças parecem suficientemente significativas para afastar o sistema criado pela Constituição italiana de 1948 e pela Constituição alemã de 1949 do sistema austríaco de 1920, reformado em 1929.

Desse modo, propugna-se aqui a distinção dos sistemas não apenas em dois grupos – difuso e concentrado –, aos quais se acrescentam os sistemas mistos, como muitas vezes se defende, mas em pelo menos quatro grupos, os três aqui examinados o grupo dos sistemas mistos ou ecléticos, assim entendidos aqueles que combinam elementos típicos do controle difuso com elementos típicos do controle concentrado, como se verá.

Este será objeto de exame no próximo tópico e como já consignado, dada a enorme variabilidade de tais sistemas, terá sua análise a partir do sistema brasileiro, utilizado como caso exemplar, ressaltando-se a referida multiplicidade e a consequente irreduzibilidade de todos os sistemas mistos a um modelo único.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

3.1.2.4. Sistemas mistos

Os sistemas mistos de controle de constitucionalidade podem ser compreendidos, como visto, como sistemas que associam uma matriz de controle de constitucionalidade com elementos originalmente estranhos a ela. Ou seja, tratam-se de sistemas compostos por elementos heterogêneos (CAPPELLETTI, 1992).[117]

É o caso corriqueiro aquele em que a um sistema originário de controle judicial difuso aduzem-se elementos estranhos a este sistema, típicos do modelo concentrado. Estes elementos são as ações diretas de inconstitucionalidade, e não a concentração, como já referido. O controle por elas deflagrado é abstrato e realizado em via de ação, mas não “concentrado” em sistemas mistos.

Considerando a multiplicidade dos sistemas mistos de controle judicial de constitucionalidade, preponderantes na América Latina, e sendo alguns de grande complexidade – como é o caso dos sistemas mexicano[118] e venezuelano – utilizar-se-á o sistema brasileiro para representar tal modelo de controle de constitucionalidade, como já afirmado.

O sistema brasileiro nasce com a proclamação da República em 1889, sendo introduzido pela legislação em 1890 e, posteriormente, pela Constituição de 1891 (MENDES, 1995).[119]

O melhor entendimento parece ser aquele segundo o qual sob a ordem constitucional do império e a carta constitucional de 1824 não havia controle de constitucionalidade das leis no Brasil, muito menos em sua forma judicial.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Como é sabido, no período o direito constitucional brasileiro sofria influência do sistema direito público francês, inexistindo possibilidade de controle judicial com base no dogma da separação dos poderes (MENDES, 1995).[120]

Não foi senão sob a ordem constitucional republicana que se deram as condições para a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis, portanto.

A inspiração da ordem constitucional inaugurada pela carta de 1891 é sabidamente norte-americana, de modo que com ela foi transposto para o Brasil o sistema difuso (MENDES, 1995).

Com isso, outorgava-se à magistratura em geral a jurisdição constitucional, conferindo a todos os seus órgãos a competência para desaplicar leis consideradas inconstitucionais. Como dito, tal sistema não deixa de gerar problemas ao ser implementado em um sistema jurídico de base romanística.

Tampouco deixou de haver perplexidade entre a magistratura, acostumada com a vedação de tal controle e com a noção segundo a qual apenas ao legislativo caberia elaborar as leis, suspendê-las ou revogá-las.

De qualquer modo, o sistema firmou-se como a base do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, sendo que permanecerá como tal desde então, não obstante as diversas modificações que sofrerá ao longo do tempo.

Diante da natureza difusa do controle por força da adoção do modelo de jurisdição una, o controle é realizado por todos os órgãos jurisdicionais de qualquer nível, inclusive pela suprema corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Este órgão não monopoliza a jurisdição

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

constitucional, embora a ele caibam atribuições precipuamente constitucionais. Tampouco é acionável apenas por via de ação direta ou de outro mecanismo (reenvio), tendo competências originárias e recursais ordinárias e extraordinárias (art. 102, I, II e III), o que o distingue claramente das cortes ou tribunais constitucionais, órgãos especializados que são e que monopolizam a jurisdição constitucional, como visto.

A Constituição promulgada de 1934 foi responsável por importantes modificações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Manteve aquela carta política o controle difuso (art. 76, III, “b” e “c”), mas introduziu o instituto da cláusula de reserva de plenário (art. 179[121]), como forma de tentar amenizar a jurisprudência flutuante em matéria constitucional e a insegurança jurídica decorrente (MENDES, 1995).

Foi também a ordem constitucional instaurada em 1934 que introduziu o instituto da resolução suspensiva do Senado. Como é sabido, por tal instituto passou a ser possível que aquela casa do Congresso Nacional suspendesse a execução de lei declarada inconstitucional, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV e 96)[122].

Tal instituto visava exatamente ser um meio de promover a ampliação das decisões declaratórias de inconstitucionalidade da mais alta corte brasileira, por meio de ato do Senado Federal, e gerou diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde então, como se sabe, e também se relaciona com os inconvenientes de decisões contraditórias em matéria constitucional (MENDES, 1995).

É ainda inovação produzida pela Constituição brasileira de 1934 o instituto da representação interventiva (art. 12 § 2º), que pode ser considerada a

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

instituição precursora dos posteriores institutos de controle abstrato de constitucionalidade (MEDINA, 2010).

Tal representação, como é sabido, era monopolizada pelo Procurador Geral da República, e tinha como parâmetro de controle os princípios constitucionais sensíveis expressamente indicados na mesma (art. 7º, I, “a” a “h”), constituindo-se em instrumento de solução de conflitos federativos (SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

A constituição de 1937, outorgada, manteve o controle judicial de tipo difuso (art. 101, III, “b” e “c”) e a cláusula de reserva de plenário (art. 96). Foi a responsável, por sua vez, pela introdução do instituto autoritário da submissão do controle judicial de constitucionalidade ao congresso (art. 96, parágrafo único).[123]

Por tal expediente enfraquece-se, obviamente, o controle de constitucionalidade no Brasil, surgindo uma espécie peculiar de revisão constitucional anômala, pois a lei confirmada pelo legislativo a despeito da decisão de inconstitucionalidade passa a valer como emenda à constituição (MENDES, 1995).[124]

A Constituição de 1946, promulgada, promove a retomada da normalidade constitucional, mantendo o sistema difuso, a cláusula de reserva de plenário (art. 200) e a resolução suspensiva do Senado (art. 64) no sistema constitucional brasileiro, além da representação interventiva (art. 7º, VII c/c art. 8º parágrafo único), conferindo-lhe novos contornos.

A representação interventiva introduzida pela constituição de 1934 e desenvolvida sob a constituição de 1946 serviu de evidente inspiração para a criação do instituto que pode ser mais apropriadamente considerado como representativo da introdução de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

elementos de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, a saber, a representação de inconstitucionalidade (MENDES, 1995).

Esta é criada pela Emenda à Constituição n. 16/65, e institui, de uma vez por todas, a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, tendo por objeto leis federais e estaduais (MEDINA, 2010).

Abandonando de uma vez a parametricidade restrita aos princípios constitucionais sensíveis e o caráter quase concreto dos pressupostos da representação interventiva, a representação de inconstitucionalidade caracteriza definitivamente o sistema brasileiro como misto.

Com efeito, é o convívio dos institutos preexistentes de controle difuso com as ações de controle abstrato – então denominadas de representações de inconstitucionalidade e de iniciativa exclusiva do PGR – que atribui a característica híbrida ao sistema, como já mencionado.[125]

Ao que parece, o advento da representação de inconstitucionalidade também possui relação com os inconvenientes do sistema difuso em matriz romano-germânica, já mencionados (MENDES, 1995).

A mesma Emenda Constitucional n. 16/65 prevê o controle de constitucionalidade de lei municipal em conflito com a constituição estadual, a ser realizado pelos tribunais de justiça estaduais (art. 124, XIII) (MENDES, 1995).

A ordem constitucional instaurada pela constituição de 1967 e desenvolvida pela de 1969, ambas outorgadas, mantém o controle difuso e a representação de inconstitucionalidade (art, 119, I, “I”). Amplia o escopo da representação interventiva,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

abrangendo como seus fundamentos, além do ferimento aos princípios constitucionais sensíveis a recusa a execução de lei federal (art. 10, VI).

No ano de 1977 dá-se a introdução, por meio da Emenda à Constituição n. 7/1977), de representação sobre a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, por iniciativa do PGR e de competência do STF (art. 119, I, “e”). A mesma emenda constitucional passou a prever expressamente o cabimento de medida cautelar em processo de controle abstrato de constitucionalidade (art. 119, I, “p”) (MENDES, 1995).

Outra inovação importante ocorrida no mesmo ano foi a adoção pelo STF do entendimento segundo o qual a suas decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade possuiriam, por si mesmas, eficácia erga omnes, independentemente de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal (MENDES, 2008). Esse entendimento conformará o controle de constitucionalidade brasileiro até nossos dias, sendo posteriormente positivado no texto constitucional de 1988.

Como se vê, o surgimento e a afirmação dos diversos institutos integrantes do complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro são fruto de gradual desenvolvimento. Tal sistema somente adotará sua configuração atual, no entanto, após o advento de três importantes marcos normativos, a saber, a Constituição de 1988, a Lei n. 9.968/99 e a Lei n. 9.882/99.

A Constituição de 1988 inovou fortemente os institutos da jurisdição constitucional concentrada brasileira, incrementando-a com a introdução de novos elementos, entre outras coisas (MEDINA, 2010).

A antiga representação de inconstitucionalidade deu

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

lugar à Ação Direta de Inconstitucionalidade, deixando de monopólio do Procurador Geral da República, e passando a ser de iniciativa de um rol de legitimados (art. 103, I a IX) (SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

A ampliação do rol de legitimados tem importantes reflexos no que diz respeito, por exemplo, à representação democrática e de minorias (a partir da inclusão, como legitimados, de partidos políticos ou entidades de classe de nível nacional), ou ao princípio federativo (inclusão de governadores ou mesas dos legislativos estaduais).

A representação interventiva deu lugar à Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, instituto com características semelhantes àquele.

O sistema de controle abstrato ganhou ainda novos institutos, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – esta por força da Emenda Constitucional n. 3/1993 (DANTAS, 2016).

A ADI por omissão foi uma das grandes novidades, constituindo instituto que visa combater a omissão do Estado na implementação de comandos constitucionais (art. 103 § 2º) (SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

Embora o instituto tenha limitações sérias, como a decisão de efeitos meramente declaratórios, constitui um primeiro passo no sentido de garantir a implementação de preceitos constitucionais combatendo omissões inconstitucionais no âmbito da jurisdição abstrata.[126]

A ADPF foi instituto que inovou fortemente o controle abstrato de constitucionalidade, ao estabelecer, entre outras coisas, a possibilidade de controle de constitucionalidade de direito municipal ou pré-

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

constitucional – ampliação levada a cabo pela Lei n. 9.882/99) (MEDINA, 2010).

Por fim a ADECON foi instituído introduzido por emenda constitucional no ano de 1993, como já registrado, constituindo-se em figura sui generis que visa transformar a presunção relativa de constitucionalidade das leis federais em presunção absoluta, em nome da segurança jurídica (SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

A Constituição de 1988 manteve a resolução suspensiva do Senado Federal (art. 52, X) e a cláusula de reserva de plenário (art. 97), tendo sido responsável por outras inovações, como a previsão expressa da eficácia geral e vinculante das decisões proferidas pelo STF em ADI e ADECON (redação da EC n. 3/93), bem como ao prever expressamente a medida cautelar em sede de controle abstrato (art. 103, I, “p”).

A legislação infraconstitucional também introduziu importantes inovações no particular. Cabe lembrar, além da já referida ampliação do objeto de controle, produzida pela Lei n. 9.882/99 (art. 1º parágrafo único, I), a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9.882/99).

Diante de todo o desenvolvimento aqui sumariamente resumido, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade contempla hipóteses de controle difuso realizado em casos concretos e controle abstrato ou em tese realizado em via de ação.

O controle difuso é realizado em casos concretos incidentalmente (jurisdição em geral), em face de questões de constitucionalidade prejudiciais ao mérito, ou em via de ação/principal (jurisdição constitucional das liberdades).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

O controle de constitucionalidade abstrato/ de lei em tese (mas não concentrado, como visto) é realizado por meio dos mencionados institutos da ADI, ADI por omissão, ADECON e ADPF.

A regra quanto à amplitude dos efeitos é conceder efeito restrito ou inter partes às decisões proferidas em controle difuso, salvo mecanismos de ampliação – seja a representação suspensiva do Senado, sejam novos institutos que amplificam a eficácia de decisões proferidas pela via difusa, como a Súmula Vinculante introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.[127]

Já as decisões proferidas em controle abstrato são dotadas de eficácia geral e efeito vinculante para o poder judiciário e administração pública, como dispõe o art. 102 § 2º da Constituição e legislação infraconstitucional – a vinculação do legislador é controvertida e rechaçada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência do STF.

Quanto à invalidade da lei inconstitucional, o direito brasileiro sufraga a teoria da nulidade, embora mitigada por fórmulas de preclusão e por institutos como a modulação dos efeitos.

Assim, a regra são decisões declaratórias de constitucionalidade com efeitos retroativos. Tais efeitos, no entanto, não atingem certas situações – como a coisa julgada após o decurso do prazo da ação rescisória (MENDES, 2014).

Além disso, como visto, o legislador infraconstitucional adotou mecanismo excepcional de alteração dos efeitos típicos, permitindo, observados requisitos materiais (segurança jurídica ou excepcional interesse social) e formais (inclusive o voto de maioria qualificada de 2/3 dos ministros, ou seja, 8 ministros),

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

que a declaração ostente efeitos irretroativos ou mesmo futuros.[128]

Estas são as principais características do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, aqui abordado superficialmente como ilustração de caso do sistema misto de controle judicial.

Em virtude de tal preocupação panorâmica, deixa-se aqui de discutir inúmeros aspectos quanto ao referido controle, por extrapolar os objetivos restritos com que o tema é abordado.[129]

Importa frisar, apenas, que restou evidenciado o caráter difuso do sistema, caracterizado pelo ecletismo decorrente da consagração de elementos heterogêneos em um mesmo sistema de controle de constitucionalidade (introdução do controle abstrato por ações diretas em sistema difuso).

3.2. Jurisdição constitucional das liberdades

Um capítulo importante da jurisdição constitucional é, evidentemente, a jurisdição constitucional das liberdades, aqui compreendida como o estudo dos remédios ou garantias constitucionais, especialmente os de natureza judicial.

Originando-se no já estudado sistema inglês e calcados originalmente na noção jusnaturalista de que direitos (naturais) se declaram e garantias se estabelecem (pelo direito positivo), os remédios constitucionais desenvolveram-se ao longo dos séculos, chegando a níveis de sofisticação notáveis.

No presente tópico foram selecionados alguns dos mais instigantes remédios ou garantias constitucionais para exame histórico-comparativo, em boa medida

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

inspirado no magistério de Mauro Cappelletti e de outros autores que abordam a temática, como Hector Fix Zamundio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor e outros.

Aqui serão examinados alguns dos principais instrumentos de proteção judicial de direitos fundamentais integrantes dos sistemas constitucionais suíço, alemão e mexicano.

Não serão objeto de estudo no presente tópico remédios constitucionais ingleses ou britânicos, tais como o writ of habeas corpus ou o writ of mandamus inglês. Optou-se aqui por abordar remédios constitucionais menos conhecidos entre nós, nomeadamente a reclamação de direito público suíça, a reclamação constitucional alemã e a ação de amparo latino-americana.

Tais instrumentos serão objeto principal da análise, sendo pontualmente feitas referências a outros remédios existentes em outras ordens constitucionais, como, por exemplo, a reclamação constitucional austríaca, o habeas data e o mandado de segurança brasileiros, entre outros.

O intuito é proporcionar uma visão panorâmica de alguns institutos importantes da jurisdição constitucional das liberdades por meio de uma perspectiva histórica e comparada, à semelhança do que foi feito com o controle judicial de constitucionalidade.

Não existe aqui, uma vez mais, advirta-se, qualquer pretensão de exaustão da matéria, vastíssima por sua própria compleição.

Antes de ingressar no estudo propriamente dito, convém fazer algumas observações de cunho terminológico. Tanto a reclamação de direito público suíça quanto a reclamação de direito constitucional existente em outras ordens constitucionais da Europa

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

continental, tais como a austríaca e a alemã, merecem uma atenção especial quanto à sua denominação para evitar equívocos.

Todos esses institutos utilizam a expressão *beschwerde* em seu nome (assim, respectivamente, *Staatsrechtlichebeschwerde* na Suíça e *Verfassungsbeschwerde* na Áustria e na Alemanha) (CAPPELLETTI, 1961).

A expressão é de difícil tradução, sendo comum encontrá-la traduzida como recurso, queixa, denúncia ou reclamação.

Em língua portuguesa parece ter prevalecido a expressão “recurso”[130], o que pode ser enganoso, pois o instituto não apresenta natureza jurídica de recurso no sentido técnico-processual, como tal denominação parece indicar, mas de verdadeira ação constitucional de tutela de direitos fundamentais.

Como observa Cappelletti em sua obra clássica sobre o tema, tais expedientes judiciais instauram um novo processo perante a jurisdição constitucional especializada, não raro com força rescisória de decisão transitada em julgado (CAPPELLETTI, 1961). Não se caracterizam, portanto, tecnicamente, como recursos no sentido empregado no direito brasileiro para a expressão.

Contribui para a confusão o fato de que os *beschwerden* normalmente são oponíveis contra decisões judiciais em função do pressuposto da subsidiariedade, como se verá, fazendo com que se assemelhem a recursos.

No entanto, reputamos aqui que o melhor entendimento é, como dito, aquele que atribui aos mesmos a natureza de uma ação constitucional de tutela preventiva ou repressiva de ameaças ou violações

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

de direitos fundamentais, pelas razões que ficarão claras ao longo do exame dos mesmos, feito adiante.

Assim, renunciamos à expressão comumente utilizada em português para denominar aqueles institutos (recurso de direito público ou recurso constitucional), seguindo o entendimento de Leonardo Martins no sentido de que a melhor expressão seria reclamação de direito público ou reclamação constitucional (SCHWABE, 2006).

Tal opção se deu porque como o alemão apresenta dificuldades para a maioria dos lusófonos, a renúncia à tradução diante da ausência de conceitos equivalentes (SACCO, 2001) para casos como o presente, não parecia apropriada.

Além disso, embora as denominações reclamação de direito público e reclamação constitucional possam ser equívocas, parecem menos equívocas do que a expressão recurso.

Utilizando tal denominação, para evitar equívocos basta frisar, inicialmente, que a denominação reclamação constitucional como correspondente a instituto do direito austríaco ou alemão não designa instituição equivalente à homônima no direito brasileiro.

Esta, como é sabido, é um expediente baseado no direito de petição e no princípio da competência da competência que tem por objetivo resguardar a competência dos tribunais ou a autoridade de suas decisões (MEDINA, 2010; SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

Sendo as reclamações constitucionais austríaca e alemã remédios constitucionais, ou seja, ações para a tutela de direitos fundamentais, parece ficar claro que os institutos são completamente distintos, e o risco de

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

equivocos é menor.

Desse modo, a despeito da insuficiência da expressão escolhida, pelo motivo exposto, optou-se aqui por fazer a referência à *Staatsrechtlichebeschwerde* suíça e à *Verfassungsbeschwerde* austríaca e alemã, respectivamente, como reclamação de direito público ou reclamação constitucional, advertindo-se ao leitor da não equivalência da última expressão para com a instituição homônima de direito processual constitucional brasileiro.

3.2.1. Reclamação de Direito Público suíça

O sistema constitucional suíço não se integra em nenhuma matriz constitucional, caracterizando-se como sistema isolado, portanto. Além disso, é um sistema marcado por diversas peculiaridades, como é sabido (MIRANDA, 2003).

Entre os diversos institutos de proteção de direitos fundamentais notabilizados por força de obras como o clássico livro de Cappelletti sobre os remédios constitucionais encontra-se a reclamação de direito público helvético (em alemão *Staatsrechtlichebeschwerde*).

Tal ação constitucional é um interessante instituto de proteção de direitos fundamentais, próximo, em diversos aspectos, da reclamação constitucional alemã e do instituto austríaco homônimo.[131]

A constituição suíça de 1878 estabeleceu a competência do Tribunal Federal (a suprema corte daquele país) para conhecer e julgar tais ações constitucionais por alegada violação aos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos (art. 113,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

I, 3).

Poderiam ser objeto da reclamação atos legislativos, executivos ou judiciais, desde que cantonais (estaduais), devido a um princípio peculiar do direito constitucional suíço segundo o qual o direito federal não está sujeito a controle judicial de constitucionalidade (MIRANDA, 2003).[132]

Podendo ter por objeto apenas atos de império, e não de gestão (pois seu pressuposto é uma relação de poder entre órgãos do Estado e titular de direitos fundamentais), a *Staatsrechtlichebeschwerde* poderia ter por fundamento violação de direitos subjetivos constitucionais federais ou cantonais (CAPPELLETTI, 1961).

Um elemento que contribuiu para evitar a banalização da reclamação de direito público suíça foi seu caráter subsidiário – que, como se verá, o instituto compartilha com seu equivalente no direito alemão.

Desse modo, firmou-se entendimento de que o cabimento da garantia fundamental em estudo estaria condicionado à inexistência de qualquer outro meio de impugnação ou reparação perante o próprio Tribunal Federal ou outro órgão jurisdicional (CAPPELLETTI, 1961).[133] Consiste, portanto, em um remédio extraordinário.

No mesmo sentido, para evitar tanto a sobrecarga do Tribunal Federal com numerosas demandas quanto o desequilíbrio federativo em desfavor aos cantões, aquele órgão estabeleceu jurisprudencialmente filtros por meio de sua jurisprudência, a partir de conceitos como o de arbitrariedade (*Wilkür*), por meio do qual realiza um controle de admissibilidade de reclamações.

Desse modo, somente violações de direitos fundamentais particularmente graves ensejariam a

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

admissibilidade do remédio perante o Tribunal Federal (CAPPELLETTI, 1961)[134]

A legitimidade para a propositura da reclamação suíça varia, no entanto, de acordo com o ato do poder público que será objeto de controle. Assim, em se tratando de lei pretensamente violadora de direitos fundamentais federais ou cantonais, a legitimidade ativa se estenderia a todos aqueles que fossem detentores do direito de sufrágio – o que fazia com que o instituto se equiparasse, no particular, à Popularklage, peculiar ação popular de controle de constitucionalidade[135] consagrada pelo direito constitucional bávaro.

Para o cabimento do remédio, exige-se, no entanto a demonstração de que o ato legislativo seja vinculante para o autor, além de potencialmente ou efetivamente lesivo a seus direitos fundamentais (CAPPELLETTI, 1961).

Em se tratando de decisão judicial que se considera lesiva a direitos fundamentais, faz-se necessária geralmente a demonstração de lesão de direito do próprio autor que se revele atual e concreta. O mesmo vale para atos administrativos (CAPPELLETTI, 1961).[136]

A defesa do ato impugnado por meio do remédio constitucional helvético cabe às autoridades responsáveis por sua edição mesmo, mas não se verifica necessariamente, posto não se tratar de processo institucionalmente bilateral (CAPPELLETTI, 1961).[137]

A ação exerce-se por escrito, em prazo decadencial de 30 dias a contar da ciência (ou da possível ciência) do ato do poder público que se julga lesivo a direitos fundamentais do autor, ou da publicação da lei (CAPPELLETTI, 1961).[138]

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Ensina Cappelletti que a partir de 1943 instituiu-se um exame de admissibilidade dos *Staatsrechtlichebeschwerden* propostos perante o Tribunal Federal por uma comissão composta por três membros de sua Seção de Direito Público e Administrativo, que delibera secretamente, exigindo-se a unanimidade a rejeição.

Admitida a ação constitucional, são ouvidas a autoridade responsável pelo ato impugnado e eventuais terceiros interessados, observado o procedimento estabelecido pela legislação (CAPPELLETTI, 1961).

O Direito Constitucional suíço confere amplos poderes instrutórios ao juiz, o que denota o afastamento e a autonomização do processo constitucional relativamente ao processo civil clássico.

Embora o remédio não possua por si só efeito de suspender o ato que é seu objeto ou sua aplicação, defere-se ao presidente do Tribunal Federal a competência para conceder medidas cautelares (CAPPELLETTI, 1961).

A decisão final do Tribunal Federal é tomada em votação pública, sendo irrecorrível, e pode ser, naturalmente, no sentido da inadmissibilidade, da procedência ou da improcedência do pedido. A decisão pela procedência implica a anulação ou cassação do ato impugnado, decorrência da declaração de sua inconstitucionalidade, não possuindo quaisquer efeitos reparatórios em termos de responsabilidade civil, por exemplo (CAPPELLETTI, 1961). Limita-se, assim, a fazer cessar o estado de inconstitucionalidade.

Não possuindo eficácia reformatória, mas apenas cassatória ou anulatória, não se substitui o Tribunal Federal à autoridade originalmente competente (CAPPELLETTI, 1961).[139]

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Quanto à amplitude da decisão, ela pode ser dotada de eficácia geral ou particular, conforme a espécie (se proposta contra lei ou contra ato administrativo/jurisdicional, respectivamente).

O principal destaque parece consistir na amplitude do objeto, sendo remédio constitucional que, embora subsidiário, pode ter por objeto atos legislativos, executivos ou judiciais, como visto, embora o objeto seja restrito a atos cantonais.

3.2.2. Reclamação constitucional alemã

Para se compreender a reclamação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) é importante recordar que a mesma surge como um instituto do direito constitucional do Estado (Länd) da Bavária, posteriormente, adotado pelo direito constitucional federal e por outros Estados da federação alemã.

Referido remédio integra, assim, tanto o direito constitucional federal alemão quanto o direito constitucional de alguns Länder alemães que o recepcionaram do direito constitucional bávaro.

No direito estadual bávaro só se pode compreender a *Verfassungsbeschwerde* no contexto institucional em que se insere, ou seja, conjuntamente com os institutos do *Richterklage* e da *Popularklage* (CAPPELLETTI, 1961).

A *Richterklage* corresponde à faculdade conferida pela Constituição do Estado Livre da Bavária de 1946 a todo órgão do poder judiciário de provocar, mesmo que de ofício, o controle de constitucionalidade sobre lei a ser aplicada em litígio colocado perante o primeiro

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(CAPPELLETTI, 1961).

Como se percebe, o instituto da Richterklage bávara corresponde aproximadamente ao controle incidental por meio das decisões de reenvio (konkrete Normenkontrolle) estabelecido pela Lei Fundamental Alemã de 1949 (art. 100), explicado em tópico anterior sobre o sistema ítalo-alemão de controle de constitucionalidade.

A expressão significa literalmente queixa judicial ou reclamação judicial, e permite combinar o controle concentrado exercido pelo tribunal constitucional bávaro (Verfassungsgericht) com o controle incidental, como já visto.[140]

A Popularklage (literalmente reclamação ou queixa popular) consiste em verdadeira ação popular de controle de constitucionalidade, instituto peculiar do direito constitucional bávaro sem equivalente no direito dos demais Estados alemães e no direito federal alemão (CAPPELLETTI, 1961).[141]

Como ação popular que é o instituto implica o reconhecimento da legitimidade ativa a todos os cidadãos independentemente de interesse direto na questão aventada (diversamente do que ocorre com a reclamação constitucional, como se verá).

A Popularklage visa imediatamente a tutela dos direitos fundamentais e mediatamente a dos preceitos fundamentais que os estatuem, caracterizando-se com instituto integrante da jurisdição constitucional das liberdades e, ao mesmo tempo, de tutela da constitucionalidade do direito objetivo, possuindo caráter de controle em via de ação ou principal, diversamente da richterklage (CAPPELLETTI, 1961).

A principal diferença entre o Verfassungsbeschwerde bávaro e a Popularklage reside no fato de que a última

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

pode ter como objetos atos legislativos, ao passo que a primeira pode ter por objeto apenas atos administrativos ou judiciais, sendo ambos os institutos voltados à proteção de direitos fundamentais (CAPPELLETI, 1961).

Quanto à reclamação constitucional bávara propriamente dita, encontra sua origem na constituição do Estado Livre da Bavária (ou Baviera) de 1919, que atribuía à Corte do Estado (Staatsgerichtshof) a competência para realizar o controle de legitimidade constitucional de atos de autoridades públicas (CAPPELLETI, 1961).

Aquela constituição foi ab-rogada em 1933, em virtude do advento do regime nacional-socialista, tendo desaparecido a reclamação constitucional desde então, até ser restabelecida com a nova constituição bávara de 1946, que foi a responsável não apenas pela restauração daquele instituto, mas também pela criação da já mencionada Popularklage (CAPPELLETI, 1961).

A reclamação bávara foi criada tendo por objetivo a proteção dos direitos constitucionalmente protegidos, reconhecendo aquela carta a competência do Tribunal Constitucional bávaro para julgar beschwerde (reclamações) contra violações de direitos fundamentais por autoridades públicas (CAPPELLETI, 1961).[142]

No novo regime constitucional bávaro a legitimidade ativa passou a ser reconhecida a qualquer pessoa, inclusive estrangeiros e pessoas jurídicas de direito privado residentes ou estabelecidos naquele Estado alemão (CAPPELLETI, 1961).

O objeto do Verfassungsbeschwerde bávaro passou a compreender quaisquer atos de império de autoridade pública estadual ou local reputados lesivos aos direitos constitucionalmente protegidos, administrativos ou

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

judiciais (CAPPELLETTI, 1961).[143]

O remédio em exame tem caráter subsidiário, assim como seu homólogo suíço, exigindo-se prévio esgotamento dos meios ordinários cabíveis, inclusive judiciais, mesmo no que diz respeito a atos administrativos (CAPPELLETTI, 1961).

Embora o processo não seja tipicamente bilateral e contraditório, os “contra-interessados”, como o governo ou ministério envolvidos são notificados para intervenção facultativa. O Tribunal Constitucional estadual goza de amplos poderes instrutórios, sendo suas decisões proferidas no julgamento de recursos constitucionais vinculantes para todas as autoridades públicas (CAPPELLETTI, 1961).

Deixando-se de lado a instituição precursora na ordem constitucional da Baviera, convém examinar os moldes nos quais se criou a reclamação constitucional em nível federal, sob a ordem constitucional instaurada na Alemanha em 1949.

Primeiramente cabe repisar que o instituto não caracteriza recurso em sentido técnico-processual, como já advertido, mas ação constitucional extraordinária (SCHWABE, 2006; MENDES, 2014) apta a instaurar um processo constitucional autônomo posterior a processos ordinários, sejam eles de natureza cível, penal ou administrativa, como adverte Cappelletti, em instância única.[144]

A competência para processo e julgamento da reclamação constitucional alemã é do Tribunal Constitucional Federal, conforme prevê a Lei Fundamental alemã em sua redação atual no art. 93 I, n. 4a e a Lei regente daquela corte, § 13 n. 11 (HESSE, 1998; SCHWABE, 2006).[145]

A finalidade do instituto é a tutela de direitos

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

fundamentais constantes do rol constitucional (arts. 1º a 19 da Lei Fundamental) ou a eles equiparados (arts. 20, IV, 33, 38, 101, 103 e 104), possuindo parâmetro de controle restrito comparativamente aos equivalentes bávaro e suíço (CAPPELLETTI, 1961).[146]

Em 1956 foi estabelecida uma comissão de três ministros do Tribunal Constitucional Federal para proceder a um exame de admissibilidade dos referidos remédios propostos perante ele, de modo análogo ao que se verificou no âmbito do Tribunal Federal suíço (CAPPELLETTI, 1961).

O remédio pode ser rejeitado liminarmente por tal comissão quando manifestamente inadmissível ou infundado, devendo a decisão ser tomada à unanimidade (CAPPELLETTI, 1961).

Podem ser objeto da referida ação constitucional todo e qualquer ato de império do poder público, quer seja ele legislativo, administrativo ou judicial, federal ou estadual. Observa-se, portanto, que quanto ao objeto o Verfassungsbeschwerde é mais amplo do que o equivalente suíço (restrito a atos cantonais) e austríaco (restrito a atos administrativos) (CAPPELLETTI, 1961).[147]

Como ensina Leonardo Martins, o objeto imediato é normalmente o ato administrativo ou judicial de aplicação, mas a reclamação implica o exame da constitucionalidade da norma infraconstitucional que os embasa (SCHWABE, 2006), o que terá importante consequência a ser examinada adiante.

A legitimidade ativa tem sido reconhecida de modo geral a qualquer pessoa natural ou jurídica submetida ao poder público alemão (SCHWABE, 2006) e, mais especificamente, a todo titular de um dos direitos fundamentais enumerados ou situações jurídicas

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

equiparadas que se repute lesados por atos de autoridade pública. Exige-se, ainda, interesse de agir consubstanciado na atualidade e no caráter direto do dano, não se admitindo o remédio contra mera possibilidade de lesão (CAPPELLETTI, 1961).[148] Por outro lado não há exigência de capacidade processual ou postulatória (SCHWABE, 2006).

A garantia alemã em estudo é regida pelo princípio da subsidiariedade, exigindo-se, para seu cabimento, prévio esgotamento das vias jurisdicionais ordinárias (SCHWABE, 2006), de modo semelhante ao que se verifica quanto ao instituto suíço homólogo.[149]

Assim, atos administrativos somente são passíveis de impugnação pelo remédio constitucional em análise após sua confirmação pela jurisdição ordinária (SCHWABE, 2006). Isso não se aplica às leis auto-executórias passíveis de serem objeto daquele (CAPPELLETTI, 1961).[150]

De todo modo, o princípio da subsidiariedade e a correlata exigência de prévio esgotamento das vias ordinárias não é absoluto, comportando exceções.[151]

Admite-se a concessão de medida cautelar em situações de urgência, com eficácia temporalmente limitada e com prorrogação por igual período, condicionada a decisão por maioria qualificada do tribunal (CAPPELLETTI, 1961).

O processo do Verfassungsbeschwerde alemão não ostenta estrutura necessariamente bilateral ou contraditória, sendo facultada a interveniência de interessados (órgãos constitucionais ou ministério competente) bem como a defesa do ato impugnado (SCHWABE, 2006; MENDES, 2014).[152]

O prazo decadencial para a propositura da ação constitucional é de um mês a contar da notificação da

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

decisão judicial transitada em julgado e de um ano a contar da publicação da lei ou de sua entrada em vigor (SCHWABE, 2006; CAPPELLETTI, 1961).

Do mesmo modo que ocorre com o equivalente suíço, o remédio alemão outorga ao Tribunal amplos poderes instrutórios e de iniciativa, sendo admissível inclusive o reexame de matéria de fato (CAPPELLETTI, 1961).

A decisão é tomada após os debates, em sessão secreta, motivada e sem registro de eventuais votos divergentes (CAPPELLETTI, 1961).

Em caso de procedência a eficácia da decisão do remédio constitucional alemão é a declaração de nulidade ou a anulação do ato impugnado. A decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão tem força vinculante para os órgãos constitucionais federais e locais, bem como para os tribunais e quaisquer autoridades, inclusive quanto à eventual interpretação conforme à constituição (CAPPELLETTI, 1961).

Talvez o aspecto mais instigante do instituto, a par de seus efeitos em termos de eficácia, seja o caráter rescisório de que se reveste a decisão.

Com efeito, a coisa julgada pode ser desfeita pelo julgamento da reclamação constitucional, o que deixa clara a complexa natureza jurídica do instituto, quase um misto de remédio constitucional e ação rescisória.[153]

Outro aspecto que diferencia o Verfassungsbeschwerde de inúmeros outros remédios constitucionais é a dupla eficácia, pois não apenas acarretará a nulidade, anulação ou cassação do ato de administrativo ou judicial de aplicação de uma lei mas, se esta for considerada inconstitucional, redundará na

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

declaração de nulidade da própria lei com eficácia retroativa e erga omnes (CAPPELLETTI, 1961).

Como se vê, o instituto promove uma interessante ligação entre a jurisdição constitucional das liberdades e o controle de normas de caráter geral, fazendo com que do provimento de um remédio constitucional redunde a declaração de inconstitucionalidade da lei, com amplos efeitos – e não restritos ao caso concreto.

Ao julgar tal ação constitucional extraordinária o Tribunal Constitucional não se substituirá à autoridade competente, limitando-se a cassar a decisão ou anular o ato e, eventualmente, declarar a inconstitucionalidade da lei que o embasa, Do mesmo modo que se verificou no direito constitucional suíço (CAPPELLETTI, 1961).

Observe-se, por fim, que tendo havido decisão de mérito não se admitirá a proposição de nova reclamação constitucional contra o mesmo objeto, salvo se justificado por novas circunstâncias fáticas.

3.2.3. Amparo latino-americano

O amparo consiste em uma ação constitucional de proteção de direitos fundamentais integrante do conjunto dos institutos de controle de constitucionalidade e de proteção da constituição (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Trata-se remédio constitucional de origem mexicana, que surge no século XIX, tendo comumente indicadas como fontes de inspiração o Habeas Corpus Act inglês de 1679, a Constituição norte-americana de 1787 e o célebre precedente *Marbury v. Madison* de 1803 (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Alguns autores apontam outras possíveis origens ou inspirações. Héctor Fix Zamudio, por exemplo, sustenta existirem origens hispânicas da denominação do instituto, derivado de instituições homônimas do direito castelhano. Apontam-se por vezes como origem, ainda, os processos forais do direito aragonês, institutos protetores dos direitos dos governados em face dos governantes (FIX-ZAMUDIO, 1993b).[154]

A criação do amparo mexicano é atribuída a Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá (1799-1849), autor do projeto de constituição do Estado de Yucatán de 1841[155] (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

O instituto foi introduzido no direito federal mexicano por meio das reformas constitucionais do ano de 1847, tendo sido mantido pela constituição mexicana de 1857 (arts. 101 e 102) e, por fim, pela constituição mexicana vigente, de 1917 (arts. 103 e 107) (FIX-ZAMUDIO, 1993b).

Foi difundido ao longo dos séculos XIX e XX por toda a América Latina, atingindo, ainda, a Europa, a África e a Ásia[156] e influenciando, ainda, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[157]

Praticamente todos os países latino-americanos contemplam o instituto, com variações no modo de incorporação, regime jurídico e na denominação. Alguns o incorporaram por via legislativa constitucional ou infraconstitucional, outros pela via pretoriana (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

A variação terminológica é grande, constatando-se expressões diversas para designar o remédio constitucional em questão, tais como ação de amparo, recurso de amparo, juízo de amparo, garantia de amparo, direito de amparo, assim como recurso de proteção (Chile) e ação de tutela (Colômbia) (FERRER

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

MAC-GREGOR, (2006).

Diversamente do que a difundida expressão recurso de amparo pode fazer crer, o instituto não constitui um recurso no sentido técnico-preprocessual, em moldes semelhantes ao que ocorre com os remédios suíço e alemão analisados nos itens anteriores.

Trata-se, a rigor, de ação constitucional de tutela de direitos fundamentais, verdadeiro remédio ou garantia constitucional.[158] Há controvérsias também sobre sua natureza jurídica (PIZZOLO, 2006), que aqui não poderão ser aprofundadas.[159]

Revela-se impossível fazer aqui uma análise ampla e pormenorizada do instituto, devido ao número de países envolvido, de modo que serão feitas apenas considerações gerais sobre o mesmo, recaindo a ênfase em sua versão mexicana, sem prejuízo a referências pontuais à mesma em outros sistemas jurídicos da região.

A maioria dos países latino-americanos contempla o conjunto de instituições que Calogero Pizzolo denomina tríade garantista, ou seja, o habeas corpus, o habeas data e o amparo, servindo o primeiro para tutela da liberdade ambulatoria, o segundo de direitos à informação e conexos e o último para outras questões não compreendidas naqueles remédios (PIZZOLO, 2006).[160]

Em alguns sistemas constitucionais, no entanto, o instituto possui escopo mais amplo. Em sua versão mexicana, por exemplo, consiste em um remédio constitucional amplíssimo, que naquele sistema constitucional substitui os demais remédios (PIZZOLO, 2006).[161]

No direito mexicano o amparo possui pelo menos cinco dimensões, a saber: o amparo-liberdade, o

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

amparo-cassação, o amparo contra leis, o amparo contencioso administrativo e o amparo social (FIX-ZAMUDIO, 1993a).

O amparo-liberdade é instituição que opera como o habeas corpus. O amparo cassação é também denominado amparo contra decisões judiciais, servindo de meio de tutela da legalidade, como o nome sugere. O amparo contra leis é meio de impugnação de inconstitucionalidade[162], ao passo que o amparo administrativo serve, naturalmente, como instrumento de controle da administração pública (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

Em 1963 foi criado, ainda, o amparo social é meio de proteção de camponeses e populações rurais (FIX-ZAMUDIO, 1993a).

A tendência geral e o remédio possuir escopo significativamente abrangente, tutelando quaisquer direitos e liberdades fundamentais ou mesmo outros direitos que não sejam a liberdade ambulatoria, normalmente tutelada pelo habeas corpus (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

A legitimidade ativa do amparo tende a ser conferida a qualquer pessoa natural ou jurídica que seja titular de direitos e liberdades fundamentais ou de direitos subjetivos em geral bem como, eventualmente, a órgãos públicos, tais como o Ministério Público. A legitimidade ativa pode ser mais ampla ou mais restrita em diferentes sistemas constitucionais, naturalmente (PIZZOLO, 2006).

A tendência parece ser no sentido da ampliação dos legitimados ativos, contemplando diferentes sistemas legitimados ativos como o Ombudsman ou ainda modalidades de amparo coletivo, bem como hipóteses de legitimação extraordinária (FERRER MAC-

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

GREGOR, 2006).

A legitimidade passiva é ampla, tendendo o remédio a ser oponível tanto a agentes do poder público quanto a particulares, registrando a jurisprudência casos em que foi reconhecida a eficácia horizontal do remédio (FERRER MAC-GREGOR, 2013).[163]

A competência para o processo e julgamento do amparo varia. A tendência tem sido a atribuição da mesma a órgãos da justiça comum ou ordinária em primeiro e segundo grau, e a órgãos especializados da jurisdição constitucional (como cortes constitucionais ou seções especializadas de tribunais – “salas constitucionales” –, em terceiro grau. Há, no entanto, casos excepcionais de competência originária dos últimos (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

A possibilidade de concessão de medida cautelar é amplamente consagrada, podendo consistir em suspensão do ato ou dos efeitos da lei, condicionado a requisitos como gravidade do dano ou impossibilidade de reparação, ou requisitos análogos (FERRER MAC-GREGOR, 2013).[164]

Podem constituir objeto do amparo todo e qualquer ato ou omissão que implique violação de direitos e liberdades fundamentais oriundos de autoridade pública ou mesmo particular, como dito. Em alguns casos, relativamente raros, cabe amparo contra normas de caráter geral, como ocorre no direito mexicano (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

Não são incomuns, no entanto, a consagração de requisitos materiais que podem operar como limites ao remédio. Assim, há ordenamentos que restringem o manejo da ação quanto ao momento da prática do ato que constitui seu objeto (atos passados, presentes ou futuros) ou exigem a caracterização de situações tais

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

como “lesão grave”, “arbitrariedade manifesta” e congêneres (PIZZOLO, 2006).

A função de tais requisitos materiais é, naturalmente, tentar impedir a impetração de um número excessivo de ações, abarrotando o judiciário, como ocorreu em alguns sistemas jurídicos, limitando-se o remédio, assim, aos casos mais graves.

A doutrina identifica alguns traços comuns no amparo existente em diversos sistemas constitucionais, de resto normalmente compartilhados pelos writs constitucionais. São exemplos a sumariedade do procedimento, a celeridade processual, a gratuidade, a informalidade[165], a oralidade, o cumprimento imediato das decisões, a vedação de suspensão em caso de decretação de estado de exceção, entre outros (PIZZOLO, 2006).

Embora seja impossível realizar aqui uma análise mais aprofundada do mesmo, acredita-se que tais traços gerais permitam uma compreensão inicial da caracterização e da importância do referido remédio.