

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

NOTAS

[1] Recomenda-se a leitura, especialmente, da obra do Professor DANTAS, Ivo. Novo Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia, 3 ed., Curitiba: Juruá, 2010 e da obra dos co-autores SGARBOSSA, L. F; JENSEN, G. Elementos de Direito Comparado. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[2] Rememore-se a clássica obra intitulada “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo” de David, ou, ainda, a obra “Uma Introdução à Direito Comparado” de Konrad Zweigert e Hein Kötz, entre outros. Vide bibliografia.

[3] Entre os clássicos do Direito Comparado internacional rememorem-se os estudos de Mauro Cappelletti intitulados “O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” e “A Jurisdição Constitucional da Liberdade”, citados na bibliografia ao final. Entre nós, recorde-se, entre tantos, o estudo de Gilmar Ferreira Mendes, “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”, citado na bibliografia ao final, entre outros. Vide bibliografia.

[4] O clássico estudo de Mauro Cappelletti sobre o controle judicial de constitucionalidade ilustra bem. O termo a comparar é o controle judicial de constitucionalidade das leis e suas instituições, analisados sob diversos aspectos (órgãos competentes, modo de controle, etc.). Os sistemas abrangidos são o norte-americano, o austríaco, o alemão, o italiano, entre outros.

[5] Um exemplo é o importante estudo de SACCO, R. Introdução ao Direito Comparado. Trad. Vera Jacob

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

de Fradera. São Paulo: RT, 2001. Outro exemplo é o estudo de GRANDE, E. *Imitação e Direito: hipóteses sobre a circulação de modelos*. Trad. L. F. Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Veja-se SGARBOSSA, L. F. JENSEN, G. op. cit. [6] SACCO, R. op. cit. SGARBOSSA, L. F. op. cit. [7] Veja-se, SACCO, R. id. e SGARBOSSA, L. F., id. [8] Sobre um sentido distinto de constituição material, entendida como conjunto de normas acerca de alguns temas, como direitos e garantias fundamentais, organização dos poderes e organização do Estado, veja-se BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[9] A categoria do constitucionalismo moderno contrapõe-se à noção de constitucionalismo “antigo”, expressão designativa do movimento de limitação do poder baseado principalmente no estabelecimento de privilégios em favor de castas por meio de cartas, declarações, forais, franquias e outros documentos medievais, que existiu principalmente entre os séculos XIII a XVI. (CANOTILHO, 2003). Observe-se que embora os principais documentos do período fossem aqueles do constitucionalismo inglês, como a Magna Charta Libertatum de 1215, existiram outros, inclusive mais antigos, na península ibérica e na França, entre outros lugares. São exemplos o Pacto das Cortes de Leão de 1188 e a Grande Carta de Saint Godens, de 1203 (TORRADO, 2015).

[10] Costuma-se falar em Teoria da Constituição ou Direito Constitucional Geral para se referir a um conjunto de explicações teóricas sobre as constituições em geral e que costuma se subdividir em teorias parciais, como a Teoria do Poder Constituinte, a Teoria

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

das normas constitucionais, a Teoria da rigidez constitucional, a Teoria dos Direitos Fundamentais, a Teoria da Jurisdição constitucional, e assim sucessivamente.

[11] Não se pode confundir a Ciência com seu objeto de estudo, como lamentavelmente ocorre, com frequência, no campo do Direito. Sobre o tema, veja-se SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. op. cit.

[12] Um exemplo dos mais claros é o Direito Constitucional positivo brasileiro sob a Constituição de 1891, no qual se combinava um sistema constitucional de tipo norte-americano com um sistema jurídico de tipo neorromanista.

[13] Com efeito o período monárquico teria existido até o século XVII, sendo marcado evidentemente pelo predomínio real; o período aristocrático, situado entre os séculos XVIII e XIX, marcado pelo predomínio da House of Lords e, por fim, o período democrático, após o século XIX, marcado pelo predomínio da House of Commons.

[14] O modelo de democracia de Westminster pode ser resumido, de acordo com Lijphart, em algumas características principais, entre elas a concentração de poder executivo em gabinetes monopartidários de maioria; executivo dominante em face do legislativo; sistema bipartidário; sistema eleitoral majoritário, governo unitário; concentração do poder legislativo em uma legislatura unicameral; constituição flexível; ausência de controle judicial de constitucionalidade e bancos centrais dependentes do Poder Executivo. LIJPJART, 2008.

[15] A título de exemplo, o art. 39 da Magna Charta de 1215 traduz o princípio da legalidade e do devido processo legal em favor dos nobres. O Bill of Rights de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

1689, por sua vez, estabelece uma série de restrições ao poder real, proibindo a suspensão das leis ou de sua execução, a interferência nas eleições para o parlamento, as liberdades parlamentares, vedando fianças e multas excessivas, entre outros direitos, liberdades e garantias. Assim, ao longo de diversos documentos constitucionais vão se estabelecendo direitos, liberdades e garantias fundamentais que influenciarão praticamente todos os sistemas constitucionais posteriores.

[16] A ideia de rigidez constitucional é correspondente à noção moderna de constituição, estabelecida a partir da constituição norte-americana de 1787, e a constituição britânica parece ser, nesse aspecto, ainda uma constituição de tipo quase pré-moderno. Vários autores apontam para o caráter de um sistema constitucional em transição do sistema britânico.

[17] De todo modo, a maior parte das consequências da noção de origem britânica de um devido processo legal substantivo (substantive due process) surgiu posteriormente, nos EUA, como adverte Sebastião Tavares Pereira (2008). Vide referências.

[18] Sabidamente o sistema parlamentarista é compatível tanto com a forma monárquica quanto com a forma republicana de governo. Desse modo, em uma monarquia parlamentarista a chefia de Estado é exercida pelo rei, ao passo que em uma república parlamentarista é exercida pelo presidente da república. Em ambos, no entanto, as principais funções de decisão política ou governo cabem ao primeiro ministro ou presidente do conselho de ministros.

[19] É evidente e amplamente conhecido que o parlamentarismo pressupõe determinada ambiência institucional e política, e que sua operação pode ser

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

perturbada, por exemplo, pela tentativa de introdução de suas instituições em um ambiente pluripartidário, que dificulta a formação de uma maioria estável no parlamento, como demonstra, por exemplo, a história constitucional francesa. Desse modo, inúmeros fatores estão ligados intimamente ao referido sistema de governo, passando especialmente pelo sistema eleitoral e pelo sistema partidário. Veja-se, por todos, BONAVIDES, 2008.

[20] No caso em questão, Coke sustentou que a validade das leis encontrava-se condicionada ao Common Law, não podendo violar seus princípios fundamentais, no que foi vencido.

[21] Embora outras cartas constitucionais tenham existido nas ex-colônias britânicas após sua independência, nenhuma delas se revestiu do impacto e da importância que a Constituição dos Estados Unidos de 1787.

[22] Como ensina OROZCO HENRÍQUEZ (1993), mesmo Estados dotados de constituição escrita pretensamente unitextual possuem fontes extratextuais de normas constitucionais, como costumes constitucionais, por exemplo. Além disso, decisões importantes em matéria de direitos fundamentais, como *Marbury v. Madison* (1803), *McCulloch v. Maryland* (1819), *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), *Mapp v. Ohio* (1961), *Miranda v. Arizona* (1966) e *Roe v. Wade* (1973), entre inúmeros outros, certamente integram o sistema constitucional estadunidense, inclusive por força do *stare decisis* típico do Common Law. Para um exemplo importante de norma de direito constitucional consuetudinário rememore-se o parlamentarismo que vigorou no Brasil, no segundo reinado, por cerca de 40 anos, sem

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

modificação formal da constituição então vigente. [23] Há outros mecanismos pelos quais a constituição norte-americana de 1787 promoveu a participação dos Estados em importantes decisões federais, além do Senado e do procedimento das Emendas à Constituição, como, por exemplo, na formação do Colégio Eleitoral para escolha do Presidente da República, composto por delegados em número igual ao de Senadores e representantes de cada Estado federado.

[24] Muitas vezes, novamente, por meio de mutações constitucionais promovidas pela jurisprudência da Suprema Corte, como a promovida por doutrinas como a dos implicit powers consubstanciada em *McCulloch vs. Maryland* (1819). CAETANO, 2009.

[25] O bicameralismo norte-americano, diversamente do britânico, é simétrico, não possuindo nenhuma das casas do congresso uma posição de superioridade relativa à outra. BONAVIDES, 2009.

[26] Instituições que traduzam responsabilidade política são em regra substituídas por instituições que traduzem responsabilidade político-jurídica, como o impeachment, muito criticado devido a seu caráter arcaico e à sua inoperância. BONAVIDES, 2009. Observe-se que tal instituto surgiu no direito inglês e que já havia caído em amplo desuso no século XIX.

[27] O Vice-presidente da República atua como Presidente do Senado. CAETANO, 2009.

[28] Tal aspecto do direito constitucional norte-americano será uma de suas contribuições mais marcantes ao constitucionalismo posterior, mas será analisada em pormenor adiante, no Capítulo 3, dedicado à jurisdição constitucional no Direito Comparado.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

[29] Nesse sentido, há uma duplicidade de jurisdição. No entanto a jurisdição é una na medida em que não há distinção entre jurisdição ordinária e constitucional, sendo ambas exercidas pelos mesmos órgãos no sistema difuso de controle de constitucionalidade, como se verá adiante.

[30]Veja-se o artigo 1º, seção IX, nºs 2 e 3: ““The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it. No bill of attainder or ex post facto Law shall be passed.” Bill of attainder, como é sabido, consistiam em leis que condenavam indivíduos ou grupos de indivíduos sem processo ou julgamento.

[31] A 15ª Emenda (1870) estendeu o sufrágio aos negros, a 19ª (1920) às mulheres, a 24ª Emenda (1964) extinguiu o sufrágio censitário e a 26ª Emenda (1971) exclui restrições etárias superiores aos 18 anos. CAETANO, 2009.

[32] Em termos de influências ideológicas, convém frisar o predomínio ora de traços do pensamento de Montesquieu, com ênfase na liberdade política, na separação de poderes e no governo representativo, ora de traços do pensamento de Rousseau, com ênfase na democracia, soberania popular e democracia direta (MIRANDA, 2003; CAETANO, 2009). Observa-se, ainda, a oscilação entre traços jacobinos ou cesaristas no constitucionalismo francês. A influência do pensamento jacobino revela-se na importância da soberania popular, no unicameralismo, na inadmissibilidade de controle judicial de constitucionalidade, no enfraquecimento do chefe de Estado e na submissão do governo à Assembleia. A influência cesarista revela-se na doutrina da soberania

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

nacional, no plebiscitarismo e na delegação da soberania ao chefe do executivo, e no livre exercício do poder por este. (MIRANDA, 2003; CAETANO: 2009).

[33] Assim, em cada um dos ciclos sobre os quais teorizou Hauriou teria havido monarquia absoluta (até 1789 e, depois, sob Napoleão, sob a constituição de 1804), monarquia limitada (em 1791 e sob as constituições de 1814 e 1830), república democrática (sob as constituições de 1793 e 1795 e, depois, sob a constituição de 1848), república autoritária (sob as constituições de 1799 e 1802 e, após, sob a constituição de 1851), encerrando-se os ciclos com a monarquia absoluta (constituições de 1804 e 1852). Obviamente as fases posteriores não se encontram contempladas na teoria do autor. MIRANDA, 2003; CAETANO, 2009.

[34] São exemplos das limitações das instituições colegiadas o monopólio da iniciativa legislativa pelo consulado, a natureza de assembleia muda do Corpo Legislativo, sendo vedada a discussão dos projetos de lei, entre outros. MIRANDA, 2003.

[35] CAETANO observa que em um período de 65 anos (1875-1940) houve 100 governos. CAETANO, 2009.

[36] Conselho da República, Conselho Econômico e Assembleia da União Francesa.

[37] Uma revisão aprovada em 1954, após difícil e moroso processo de revisão, foi ineficaz em resolver a crise.

[38] A história constitucional francesa progrediu bem como o contexto histórico brevemente referido auxiliam muito na compreensão das características da atual ordem constitucional gálica atual, como se verá.

[39] Revisão constitucional aprovada em 1962 tornou a eleição para presidente da República Francesa direta,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

por meio do sistema majoritário de dois turnos, com intuito evidente de fortalecer ainda mais aquele órgão com legitimidade democrática. O mandato presidencial era, originalmente, de 7 anos, tendo sido posteriormente reduzido para 5 anos. [40]O controle é feito pelo Conselho Constitucional e uma vez “deslegalizada” a lei pode a mesma ser alterada ou mesmo revogada por regulamento do executivo.

GOMES, 2003.

[41] Confira-se, sobre o tema, o art. 89 da Constituição francesa de 1958.

[42]O princípio é antigo no direito constitucional francês. Um Decreto de 16 de agosto de 1790 já proibía que os tribunais tomassem parte do poder legislativo, direta ou indiretamente, sendo-lhe vedado suspender ou impedir a execução das leis sancionadas pelo monarca, sob pena de prevaricação.

[43] Resistência que tem razões históricas e ideológicas. À primeira categoria pertence a tradicional desconfiança dos franceses relativamente aos órgãos do poder judiciário, à segunda, à ideia de que a lei corresponderia à “vontade geral”, além do dogma da separação dos poderes, com a consequente inadmissibilidade de que os juízes tivessem reconhecida a capacidade de julgar a validade constitucional das leis.

CAPPELLETTI, 1992.

[44] Houve tentativas de introduzir regimes semipresidenciais em muitos países, em alguns com maior êxito (como na Finlândia e em Portugal) e em outros com menor êxito (como na e Alemanha, Áustria, Irlanda, Islândia, Polônia e Romênia).

MIRANDA, 2003.

[45] Com efeito, o constitucionalismo socialista postularia a noção de “direito-dever”, além de rechaçar

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

a distinção entre vida pública ou política e vida privada. MIRANDA, 2003.

[46] Aspecto correlato consiste na difusão, pelos sistemas filiados a esta matriz, de eleições-ratificação, traduzindo um elemento cesarista dos mesmos.

[47] Embora teoricamente quem exercesse o poder soberano fosse o soviete supremo é sabido que, na prática, sua reunião era excepcional na URSS, sendo formalmente exercido pelo Praesidium, uma espécie de diretório, e, na prática, pelo Partido Comunista.

[48] Além dessa ampla difusão, sofreram influência de tal sistema constitucional em certos momentos sistemas constitucionais como os de Angola, Camboja, Etiópia, Iêmen do Sul, Moçambique e outros. MIRANDA, 2003.

[49] Para um aprofundamento na visão das famílias constitucionais recomenda-se um exame das pluricitadas obras de Miranda (2003) e CAETANO (2009), além do clássico estudo de Vergottini. VERGOTTINI, Giuseppe De. Derecho Constitucional Comparado. Trad. Claudia Herrera. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 2004.

[50] Entre os estudos publicados sobre o tema no Brasil, confira-se DANTAS, Ivo. Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. Na literatura estrangeira, confira-se a obra de FERRER-MACGREGOR, Eduardo. Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Madrid: Marcial Pons, 2013.

[51] Sobre o tema consulte-se, entre tantos autores importantes, MIRANDA, 2008.

[52] Como, aliás, ocorre em sistemas de constituição flexível, como o britânico.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

[53] Mas há expressão contrária também, considerando a irregularidade um dos valores associados à noção de inconstitucionalidade em casos menos graves. MIRANDA, 2008.

[54] A invalidade, no entanto, pode ser de diversos tipos, indo da inexistência à mera irregularidade, passando pela nulidade e pela anulabilidade. Vejam-se MIRANDA, 2008 e CAPPELLETTI, 1992.

[55] Seria possível afirmar algo semelhante, feitas as devidas adaptações, aos limites normalmente impostos ao poder constituinte dos Estados membros de uma federação, ou seja, ao poder constituinte derivado decorrente.

[56] Trata-se, evidentemente, de uma classificação formal, que enseja questionamentos. Alguns autores contestam que o controle exercido pelo Conselho Constitucional francês seja, efetivamente, político, sustentando sua natureza jurisdicional a despeito da roupagem aparentemente política adotada pela instituição francesa. Sobre o tema ver GOMES, 1993.

[57] Um exemplo de tal hipótese é fornecido pelo Direito Constitucional brasileiro, no caso da resolução do Senado Federal suspensiva da execução de lei declarada incidentalmente inconstitucional, em decisão definitiva, pelo Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988. Ao ato judicial com eficácia restrita ao caso concreto agrega-se uma decisão senatorial que amplia aquela eficácia, afigurando-se claramente em hipótese de controle misto político-judicial.

[58] Não por acaso parte dos autores franceses sustentam a natureza jurisdicional, embora disfarçada, do Conselho Constitucional francês e das atividades por ele exercidas. GOMES, 2003.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

[59] Não faltaram, por outro lado, propostas de adoção do controle judicial ou de outros mecanismos de controle. Assim, Seyès sustentava, logo após a Revolução francesa, a adoção de um júri constitucional, não tendo obtido êxito. Essa ideia parece ter repercutido posteriormente na instituição do Senado Conservador. Na doutrina, nomes como os de Esmein, Hauriou e Duguit foram favoráveis a tal controle, contrariamente a Barthélemy e Duez. Registram-se propostas parlamentares no sentido da adoção do controle judicial de constitucionalidade nos anos de 1903, 1924 e 1925. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[60] O Conselho Constitucional relativizou essa ideia em sua decisão de n. 85-197 DC, de 13/08/1985, na qual afirmou que a lei não expressaria a vontade geral senão dentro dos limites do respeito à constituição. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[61] O droit de remontrance surge por volta do século XV e baseava-se no droit d'enregistrement. Certos atos do monarca, entre eles os éditos, necessitavam ser registrados junto aos órgãos judiciais franceses do Antigo Regime – Parlements – para possuírem validade. Teoricamente e na prática, referidos órgãos poderiam rejeitar o registro de éditos que ferissem as leis fundamentais do reino, devolvendo-os ao monarca (droit de remontrance) com as razões, para reconsideração real, embora este fosse capaz de superar a recusa com a emissão de uma ordem (lettre de jussion) ou, em caso de reiteração da recusa, por meio da convocação de uma sessão especial presidida pessoalmente por ele (lit de justice), com base no princípio segundo o qual diante do monarca a jurisdição dos magistrados cessa. Não é um controle judicial de constitucionalidade no sentido

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

contemporâneo, mas é uma possível instituição precursora. Assemelha-se mais a um veto relativo, como se vê, e foi uma instituição combatida pela monarquia francesa nos séculos XVII e XVIII. VEXRPEAUX; BONNARD, 2007.

[62] Antecedeu o Conselho Constitucional criado pela Constituição de 1958 o órgão denominado Comitê Constitucional, criado pela Constituição de 1946, que nunca adquiriu a importância da primeira instituição. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[63] Note-se o paralelismo: a lógica que justifica o controle político de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional é a mesma que justifica o controle da legalidade da atuação da administração pelo contencioso administrativo e, notadamente, pelo Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, qual seja, impedir que o judiciário se imiscua nas competências dos outros poderes.

[64] Veja-se o art. 56 da Constituição francesa de 1958.

[65] Ilustrativamente, consultem-se os artigos 58, 59 e 60 da Constituição francesa de 1958.

[66] Consulte-se o artigo 38 da Constituição francesa da V República. O Conselho Constitucional, em um esforço de auto-contenção, considerou inadmissível o controle de constitucionalidade de revisões constitucionais. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[67] Outros pontos positivos seriam o reforço da segurança jurídica e da igualdade perante a lei. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[68] Consulte-se o art. 61 da Constituição francesa vigente.

[69] As leis orgânicas são leis cujo objeto é a organização de poderes ou órgãos constitucionalmente previstos e adotadas mediante procedimento legislativo

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

especial. Vejam-se os artigos 34, 47, 63 e 64, entre outros, da Constituição francesa de 1958. [70] Quanto ao momento do controle na modalidade de controle preventivo facultativo, este deve ocorrer após a aprovação por ambas as casas do legislativo e antes da promulgação, mediante provocação de um ente competente, observados os prazos estabelecidos para tanto em cada hipótese. CAPPELETI, 1992; GOMES 2003. O procedimento no caso do controle preventivo provocado é relativamente simples. Após a provocação o presidente do Conselho designa o relator, realizam-se registro e trabalhos preparatórios e é feita uma reunião com representantes do governo. A “defesa” da lei impugnada cabe ao Secretário Geral do Governo que pode oferecer resposta, à qual se segue réplica do órgão que provocou o controle. Por fim o relator profere seu voto e a questão é decidida em sessão plenária a portas fechadas. Os votos e a deliberação são secretos. VERPEAUX; BONNARD, 2007.

[71] A expressão regulamento (*règlement*) designa, no direito francês, qualquer texto normativo editado por autoridade executiva ou administrativa, notadamente o presidente e o primeiro ministro, mas também prefeitos e outras autoridades executivas locais. CORNU, 2007.

[72] Conforme o momento em que ocorra a manifestação do executivo, o controle em caso de alegação de invasão do domínio do regulamento pode ser prévio ou repressivo.

[73] Consulte-se a previsão constante do art. 37 da Constituição francesa vigente.

[74] Como ensina Joaquim Barbosa Gomes (2003), uma vez declarada constitucional ou transcorrido *in albis* o prazo para a impugnação da lei, vindo ela a ser

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

aprovada, torna-se ato legislativo irreversível, exceto por iniciativa do próprio poder legislativo, que pode decidir revogá-la.

[75] Sobre a competência para provocar o controle de constitucionalidade, veja-se o art. 61 da Constituição francesa em vigor. Verifica-se ainda um inconveniente do sistema em situações de inconstitucionalidade superveniente, uma vez que ao tornar-se inconstitucional a lei em virtude de revisão constitucional já terá escoado o prazo de sua impugnação mesmo pelos legitimados, não podendo o Conselho agir por iniciativa própria.

[76] A Constituição da V República possuía, originalmente, 92 artigos, sendo que os artigos 90 a 92, foram revogados, de modo que atualmente aquela carta constitucional conta com 89 artigos. A última modificação daquela Carta Constitucional ocorreu em 2008.

[77] Como de resto, analogamente, ocorre em inúmeras outras situações. Assim, a regra é se considerar em sistemas de Common Law que o órgão judicial máximo não se encontra vinculado de maneira absoluta a seus próprios precedentes, podendo modificá-los (sistema de precedentes relativamente vinculantes). Do mesmo modo, em sistemas de controle judicial concentrado em regra considera-se que a corte ou tribunal constitucional não estarão obrigados por suas próprias decisões no futuro, podendo modificar seu entendimento.

[78] Cada vez mais diversificado é o leque de técnicas decisórias presentes nos tribunais constitucionais e/ou supremas cortes e demais órgãos exercentes de jurisdição constitucional ou competência equiparada. Assim, técnicas como interpretação conforme,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

modulação de efeitos, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, decisões intermédias, decisões manipulatórias, entre outras, surgem em diversos sistemas, como no alemão, no português, no italiano, no brasileiro, no mexicano, entre outros. Não é possível, aqui, explorar o tema em profundidade.

[79] Comumente tomam-se como sinônimos as expressões controle difuso e controle incidental de constitucionalidade, o que pode ser enganoso. Embora o controle difuso possa ser feito de modo incidental, também pode ser feito em via principal, de modo que não ser perfeitamente correta uma homologia entre ambos. Pense-se, como exemplo eloquente, no controle de constitucionalidade realizado por meio das garantias ou writs constitucionais: trata-se de controle concreto, difuso, mas em via principal, e não incidental.

[80] É evidente a possibilidade de que alterações, procedidas por força de emendas à constituição, afastem a inconstitucionalidade, por exemplo. Além disso, o judiciário no Common Law pode, eventualmente, revogar um precedente (overruling). É sabido, ainda, como os órgãos jurisdicionais utilizam a técnica do distinguishing para, com maior ou menor consistência, afastar a incidência de precedentes. Ou seja, é evidente que há limites e exceções para a incidência do precedente, que não é absolutamente vinculante, mas relativamente vinculante. DAVI, 2002; MARINONI, 2013.

[81] O mecanismo de amplificação de decisões originalmente restritas ao caso concreto não precisa ser apenas um instituto como a resolução suspensiva do Senado Federal, conhecida no direito brasileiro e presente no art. 52, X da atual constituição. Como se

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

verá ao se analisar a jurisdição constitucional das liberdades, em alguns ordenamentos constitucionais, como o alemão, a invalidação da norma pode ser decorrência reflexa da operação de remédios constitucionais. Conectam-se, assim, as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, bem como a jurisdição constitucional das liberdades com o controle de normas. Outras situações são possíveis. No direito mexicano, por exemplo, uma decisão isolada (tesis aislada) da suprema corte não é vinculante, mas cinco decisões sucessivas no mesmo sentido geram um precedente vinculante (jurisprudencia).

[82] Assim, resta evidente que o julgamento de um writ of habeas corpus, de um writ of mandamus, de um Staatreschlichesbeschwerde, de um Verfassungsbeschwerde, de uma ação de amparo, de um mandado de segurança ou habeas data, por exemplo, implica em uma espécie de controle de constitucionalidade tendo como parâmetro restrito, geralmente, as normas constitucionais estabelecidas de direitos fundamentais ou equiparadas.

[83] A situação de supremas cortes como a brasileira merece análise mais atenta, dada a complexidade de suas competências, decorrente do caráter misto do sistema de controle de constitucionalidade adotado. Essas, com efeito, por vezes atuarão tipicamente como suprema corte (realizando controle incidental ou in concreto e com decisões dotadas de eficácia restrita, embora extensível) e por vezes em uma situação análoga à de uma corte constitucional (nomeadamente quando realizam controle abstrato ou em tese).

[84] O que tem relação, por sua vez, a teoria da invalidade da norma inconstitucional adotada pelo sistema constitucional, sendo, no caso de tais sistemas,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

normalmente a teoria da nulidade.

[85] 381 U.S. 618.

[86] 308 U.S. 371, 374.

[87] Victor Linkletter fora condenado com base em provas ilícitas anteriormente à decisão de *Mapp v. Ohio* pela Suprema Corte, em 1961, relativa às exclusionary rules da 4ª Emenda. Com base na decisão de inconstitucionalidade ali proferida, postulava novo julgamento. A Suprema Corte decidiu, neste caso, a irretroatividade da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo a aplicabilidade do estabelecido em *Mapp v. Ohio* aos processos pendentes de julgamento ou julgados após referido precedente.

[88] Não por outro motivo todos os sistemas, mesmo aqueles filiados à teoria da nulidade da lei inconstitucional, adotam mecanismos de relativização das consequências da mesma em nome da preservação da segurança jurídica ou de outros valores constitucionalmente tutelados. É o caso, por exemplo, de fórmulas de preclusão, como a coisa julgada, adotada pelo direito alemão e pelo direito brasileiro, entre outros sistemas. MENDES, 2014.

[89] O órgão é integrado por 14 juízes titulares e 6 suplentes escolhidos pelos poderes executivo e legislativo para mandato vitalício com aposentadoria compulsória aos 70 anos.

[90] A Corte ou Tribunal Constitucional é órgão integrante do poder judiciário mas não é, normalmente, órgão recursal, mas jurisdição especial, paralela à ordinária, acionável por mecanismos especiais, como ações diretas ou decisões de reenvio. CAPPELLETTI, 1961.

[91] Observe-se que é comum a atribuição de competência em algumas outras matérias às cortes ou

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

tribunais constitucionais nos sistemas concentrados, como o julgamento da regularidade das eleições e/ou consultas populares, e assuntos análogos, de modo semelhante ao que ocorre quanto às funções “semijurisdicionais” ou “extrajurisdicionais” do Conselho Constitucional francês. Consultem-se os artigos 137 e seguintes daquela carta, assim como os artigos 142 e seguintes.

[92] Pois na medida em que os tribunais e principalmente a Suprema Corte, definem questões de constitucionalidade, os órgãos judiciários inferiores vêem-se automaticamente obrigados a adequar seu entendimento àquelas decisões, o que não ocorre nos sistemas romanistas.

[93] Examinando-se a história constitucional brasileira constata-se um progressivo incremento de institutos que visaram superar alguns daqueles inconvenientes e, ao final, a introdução de mecanismos de controle abstrato ou em tese – o que tornou o sistema misto –, como se verá adiante. MENDES, 2014. São exemplos notórios instituições como a resolução suspensiva de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (atualmente prevista no art. 52, X da Constituição brasileira) e a cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da mesma norma), entre outros, institutos estes introduzidos em nosso direito a partir da década de trinta do século passado. No sistema constitucional italiano a solução encontrada foi o abandono no sistema difuso e a adoção de um sistema concentrado inspirado no austríaco, embora dele distinto, como se verá a seguir.

[94] Vide Título IV, art. 137 da Constituição austríaca em sua redação atual.

[95] Atualmente há mais meios de acionamento. Podem

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

acionar a jurisdição constitucional daquele órgão, além das cortes superiores em matéria administrativa e civil/criminal, tribunais de apelação e as denominadas câmaras administrativas independentes, quando for objeto de controle uma lei federal ou estadual. Conferir o artigo 140 da Constituição austríaca vigente. [96] Entre os legitimados encontram-se o governo federal (tendo por objeto leis federais ou estaduais), o governo estadual, um terço dos membros do Conselho Nacional ou a mesma proporção dos membros do Conselho Federal (denominação das casas do Parlamento austríaco), quando for objeto de controle lei federal. Consulte-se o art. 140, 1, da Constituição austríaca.

[97] Confira-se o art. 140, itens 5 e 7, da Constituição austríaca, que obrigam o chanceler federal ou o chefe do governo estadual a publicar imediatamente a decisão anulatória da lei, e que estabelecem que todos os tribunais e órgãos da administração pública estão vinculados pela decisão da Corte Constitucional.

[98] A Constituição Federal austríaca prevê expressamente a irretroatividade no art. 140, 5, a partir da publicação da decisão. O artigo 140 daquela carta utiliza o verbo anular (aufheben) por diversas vezes, como nos parágrafo 3º, 5º, 6º e 7º.

[99] Encontra-se, novamente, previsão expressa no art. 140, 7, que estabelece a aplicabilidade da lei anulada por inconstitucionalidade aos fatos ocorridos anteriormente à sua decisão.

[100] A Constituição austríaca prevê a repristinação do direito revogado pela lei anulada por inconstitucionalidade, salvo decisão em contrário da Corte Constitucional (art. 140, 6).

[101] Kelsen, obrigado a reconhecer a necessidade de

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

decisões com efeitos retroativos, mas não endossando a teoria da nulidade, se verá obrigado a sustentar uma anulabilidade com eficácia retroativa. KELSEN, 2011.

[102] Vide art. 92 da Constituição Federal austríaca.

[103] Vide art. 130 da Constituição Federal austríaca.

[104] O sistema atual alterou tal quadro, como se constata da redação vigente do art. 140, 1, da lei fundamental austríaca, como já referido em nota anterior.

[105] Trata-se de previsão expressa do art. 140, 7, da carta austríaca em vigor.

[106] O art. 92 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei de Bonn) prevê entre os órgãos judiciais o Tribunal Constitucional Federal. A Corte Constitucional italiana encontra-se prevista na seção I do Título VI da Constituição da República Italiana, artigos 134 e seguintes.

[107] Sobre a composição de ambos os órgãos da jurisdição constitucional, consulte-se o disposto no art. 135 da constituição italiana e no art. 94 da constituição alemã vigentes. Sobre o tema ver o que ensina Leonardo Martins em SCHWABE, 2006. A Lei Constitucional italiana n. 87, de 11 de março de 1953, estabelece uma série de normas sobre a composição e o funcionamento da Corte. A Lei Constitucional italiana de n. 2, de 22 de novembro de 1967, conferiu a atual redação do art. 135 e estabeleceu critérios para provimento dos membros da Corte.

[108] A competência do Tribunal Constitucional Federal alemão encontra-se regulada pelo art. 93 da Lei de Bonn que, no entanto, delega à legislação ordinária o tratamento de várias questões, veiculadas principalmente na Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. A competência da Corte Constitucional italiana

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

encontra-se prevista no art. 134 da constituição de 1948, que igualmente deixa diversos aspectos para serem tratados por leis constitucionais ou outras normas complementares.

[109] No direito constitucional italiano, por exemplo, prevê a legislação a competência da Corte Constitucional para resolver questões de constitucionalidade em via de ação (*questioni di legittimità costituzionale in via principale*) e questões incidentais de constitucionalidade (*questioni di legittimità costituzionale nel corso di un giudizio*), além de outras matérias, como conflitos de competência. No direito alemão fala-se em *abstrakte Normenkontrolle* (controle abstrato de normas) e em *konkrete Normenkontrolle* (controle concreto de normas), também chamado de *Inzidentkontrolle* (controle incidental) CAPPELLETTI, 1992. HESSE, 1998. Ambos estão previstos, respectivamente, no art. 93 e no art. 100 da Lei Fundamental alemão vigente.

[110] Assim prevê a Lei Constitucional de 9 de fevereiro de 1948 a legitimidade para que as regiões para impugnam por meio de ações diretas (*azione di legittimità costituzionale*) leis nacionais ou de outras regiões que considerem invasivas de suas esferas de competência (art. 2º). Disposições análogas são encontradas na Lei Constitucional n. 87, de 11 de março de 1953, nos artigos 32 e 33. Do exame da legislação constitucional italiana constata-se legitimidade ativa do governo italiano (art. 31 da mesma lei) e das regiões, por meio das juntas regionais (arts. 32 e 33, todos da última lei citada). No direito constitucional alemão são legitimados para deflagrar controle abstrato de normas o governo federal, o governo de um Estado (*Land*) ou um terço dos

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

membros da Câmara Federal (Bundestag). HESSE, 1998; SCHWABE, 2006. Sobre a “força de lei” das decisões do Tribunal Constitucional alemão, veja-se o § 31, 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão de 12 de março de 1951 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – BvferGG).

[111] Dispõe o art. 1º da Lei Constitucional italiana de 9 de fevereiro de 1948 de n. 1 que a arguição de inconstitucionalidade (eccezione di illegittimità costituzionale) feita pela parte em um processo pendente deve ser remetida à Corte Constitucional desde que não seja reputada manifestamente infundada pelo órgão jurisdicional competente para o julgamento da causa. O art. 23 da Lei Constitucional italiana de 11 de março de 1953 de n. 87 estabelece que não apenas a parte, mas também o ministério público pode arguir inconstitucionalidade em casos concretos, além de prever a possibilidade de decisão de reenvio ser proferida de ofício.

[112] A Lei Constitucional de n. 1, de 1948, prevê rejeição apenas em caso de arguição manifestamente infundada, como visto. A Lei Constitucional italiana de n. 87, de 11 de março de 1953, prevê possibilidade de rejeição, em tal hipótese e no caso da arguição ser considerada irrelevante para julgamento da causa (arts. 23 e 24), ou seja, não constituir questão prejudicial ao mérito. Em caso de rejeição por um grau de jurisdição, a questão pode ser novamente levantada no grau de jurisdição sucessivo (art. 24).

[113] § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão de 12 de março de 1951.

[114] É o que ensina Cappelletti: “Tanto na Itália quanto na Alemanha – e neste país ainda mais decididamente que naquele – não se admite que as

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

sentenças de inconstitucionalidade emanem sua eficácia apenas ex nunc ou pro futuro, como na Áustria, e afirma-se, ao invés, que se trata, em geral, de uma eficácia que opera ex tunc, ou seja, também para o passado.” CAPPELLETTI, 1992, p. 119. A despeito disso, encontram-se na legislação italiana algumas disposições que afirmam que a eficácia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade se daria a partir da publicação das mesmas. É o caso do art. 30 da Lei n. 87 de 11 de março de 1953.

[115] O exemplo mais clássico de fórmula de preclusão é a coisa julgada material em matéria cível após o decurso do prazo da ação rescisória. Confira-se sobre isso HESSE, 1998.

[116] Sobre isso no direito constitucional alemão, confira-se HESSE, 1998.

[117] Como já mencionado acima, não parece correto definir os sistemas mistos de controle judicial como sendo em parte concentrados e em parte difusos, pois tal situação parece impossível. Com efeito, controle concentrado pressupõe monopólio da jurisdição constitucional por um órgão, e controle difuso pressupõe a ausência de tal monopólio. O que se verifica, na realidade, são sistemas que são basicamente difusos aos quais são agregados elementos oriundos do modelo de separação.

[118] Mauro Cappelletti chama a atenção para o caráter misto do controle de constitucionalidade mexicano, ao contemplar tanto ações diretas (acción de inconstitucionalidad de las leyes) quanto controle concreto (amparo contra leyes ou recurso de inconstitucionalidad). CAPPELLETTI, 1992. Sobre o último, confira-se o tópico 3.2.3., adiante.

[119] Com efeito, surge com o Decreto n. 848 de 1890

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

e é mantido pela primeira constituição republicana em 1891. Posteriormente, a Lei n. 22, de 20.11.1894 reafirmou o controle. SIQUEIRA JUNIOR, 2010.

[120] Há quem sustente que o famigerado poder moderador, exercido pelo monarca e inspirado na teoria da quadripartição dos poderes de Benjamin Constant seria uma espécie de controle de constitucionalidade, o que parece não ser a melhor orientação. SIQUEIRA JUNIOR, 2010.

[121] Art. 97 da atual Constituição brasileira.

[122] Art. 52, X, da Constituição brasileira vigente.

[123] Era o seguinte o teor do dispositivo: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

[124] É nesse contexto que se insere o infame Decreto-Lei n. 1564/1939, de Vargas, que convalidou diversos textos legais anteriormente declarados inconstitucionais pelo STF. MENDES, 1995.

[125] Como se vê, não se trata de adoção de controle concentrado, o que somente ocorreria se, ao mesmo tempo, tivesse fim o controle difuso. Trata-se da adoção de sistema que introduz elementos de controle abstrato em matriz originalmente difusa.

[126] As limitações da ADI por omissão são compensadas, em parte, pelo Mandado de Injunção, instrumento da jurisdição constitucional das liberdades, desde a alteração do entendimento do STF da posição não-concretista para a posição concretista.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

[127] Tal sistema se mantém apesar da polêmica havida no âmbito do julgamento da Reclamação 4335/AC pelo STF.

[128] Artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999 e artigo 11 da Lei n. 9.882, de 03.12.1999.

[129] Passa-se ao largo, portanto, de temáticas como a exigência de processo legislativo ultimado, os requisitos e o conteúdo das cautelares, a questão da peculiaridade do controle de constitucionalidade do direito distrital, o caráter dúplice do controle por via das ações diretas, o controle estadual de constitucionalidade, entre inúmeros outros.

[130] Nesse sentido, Leonardo Martins na obra de SCHWABE, 2006. Confirma-se na mesma obra as lições de Martins sobre a impropriedade em comparar o Verfassungsbeschwerde alemão com o recurso extraordinário brasileiro, pp. 59-60.

[131] A história constitucional suíça registra propostas de adoção de remédio constitucional similar desde o século XIX. A constituição federal suíça de 1848 estatuiu um remédio mediato ou indireto, que operava mediante órgãos políticos. Basicamente reconhecia a competência do Tribunal Federal helvético para conhecer e julgar impugnação de atos lesivos a direitos fundamentais por provocação da Assembleia Federal. CAPPELLETTI, 1961.

[132] Observa-se, portanto, importantes diferenças entre o instituto em análise e seus equivalentes no direito constitucional austríaco ou alemão. No primeiro, o cabimento do remédio é mais restrito quanto ao objeto, pois este somente pode consistir em atos administrativos, e não em atos legislativos ou judiciais. Já no direito alemão, como se verá, o objeto é mais amplo do que no suíço, uma vez que abrange atos

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

legislativos, executivos ou judiciais, sejam eles federais ou estaduais. CAPPELLETTI, 1961.

[133] Ensina Cappelletti que tal subsidiariedade poderia ser relativa ou absoluta, conforme o caso. A primeira dizia respeito aos meios de impugnação cantonais, podendo em casos excepcionais ser dispensada. A segunda, por sua vez, correspondia aos meios de impugnação federais. CAPPELLETTI, 1961.

[134] Assim, como ensina aquele autor, o conceito de arbitrariedade passou a ser burilado, assim, na jurisprudência do tribunal, sendo concebido como ato altamente injusto, desprovido de motivação real, absurdo ou irracional, entre outras hipóteses. Além disso, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Federal suíço apenas a violação imediata à constituição, e não mediata, ensejaria o cabimento do “recurso” de direito público.

[135] A Popularklage é, sinteticamente, uma ação popular de inconstitucionalidade, que habilita qualquer eleitor a acionar o controle abstrato de constitucionalidade de lei. O peculiar instituto bávaro possui equivalentes no direito constitucional latino-americano, nas denominadas ações populares ou ações públicas, oriundas do sistema constitucional colombiano e difundidas por outros sistemas, como o boliviano e o venezuelano. EDER, 1960; ROSENN, 1974.

[136] Importante consignar já terem sido considerados legitimados pelo Tribunal Federal até mesmo pessoas jurídicas e estrangeiros, e, excepcionalmente, entes federativos e municípios. CAPPELLETTI, 1961.

[137] Característica que, aliás, é compartilhada por diversos sistemas de jurisdição constitucional, seja no controle de normas seja nos remédios constitucionais,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

podendo o processo ter aspectos mais inquisitoriais do que acusatórios no particular. Nesse sentido, veja-se o que ensina HESSE, 1998.

[138] Ensina o mestre italiano que decorrido o prazo, no que se refere a leis, estas não mais seriam impugnáveis, mas seriam cada um de seus atos de aplicação. Observa, ainda, que diversamente do que ocorre no direito constitucional alemão, no suíço o acolhimento do remédio contra ato de aplicação de lei não significará a invalidação da lei. CAPPELLETTI, 1961.

[139] Não obstante reconhece-se ao Tribunal Federal a competência para expedir instruções vinculantes para as autoridades cantonais (*verbindliche Anweisungen*). CAPPELLETTI, 1961.

[140] A decisão que submete a questão constitucional ao Tribunal Constitucional do Länd naturalmente sobresta a ação na qual foi proferida. O processo de controle de constitucionalidade assim instaurado contempla manifestação do órgão legislativo e das partes no processo original. A decisão sobre a constitucionalidade possui efeitos *erga omnes* e retroativos. O direito de diversos Länder alemães contempla instituto análogo. CAPPELLETTI, 1961.

[141] Como já mencionado, há alguns casos interessantes de ação popular de constitucionalidade no direito constitucional latino-americano, consistente nas ações populares ou públicas. Ordenamentos de países como a Colômbia, a Bolívia e a Venezuela contemplam tal instituto. EDER, 1960; ROSENN, 1974.

[142] Como ensina Cappelletti consideravam-se pertencentes à categoria dos *Verfassungsmässige Rechte* tanto os direitos expressamente previstos no catálogo constitucional como quaisquer outros direitos

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

subjetivos ou situações jurídicas passíveis de serem inferidas a partir da mesma. CAPPELLETTI, 1961. [143] Os atos do legislativo, rememore-se, eram objeto de controle da Popularklage. De qualquer modo, a reclamação constitucional proposta contra ato de aplicação da lei, seja ele administrativo ou judicial, se julgado procedente, terá, como reflexo, a declaração de inconstitucionalidade da lei com efeito geral, equiparando-se, como adverte Cappelletti, à Richterklage e à Popularklage no particular CAPPELLETTI, 1961.

[144] Com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Gilmar Ferreira Mendes define-o como um instrumento constitucional extraordinário para combater ofensas do poder público perpetradas contra os direitos fundamentais. MENDES, 2014, p. 44.

[145] Embora o Verfassungsbeschwerde não fosse originalmente previsto pela Lei Fundamental de 1949, tendo sido considerado competente o legislador infraconstitucional para regulamentar tanto seu art. 19, inciso 4º quanto seu artigo 93, foi criado pela Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal de 1951 (BVerfGG) e posteriormente incluído no próprio texto constitucional. Atualmente a Grundgesetz alemã prevê a competência do Bundesverfassungsgericht para julgar os “recursos de constitucionalidade propostos por quem quer que repute ter sido lesado por autoridade pública em um de seus direitos fundamentais ou em um dos direitos previstos nos artigos 20, inciso IV, 33, 38, 101, 103 e 104”. Consulte-se o item 4-a do art. 93 da Grundgesetz, introduzido por emenda à constituição em 1969. MENDES, 2014. Ver, ainda, o item 4-b do mesmo artigo.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

[146] Abrange, portanto, direitos de liberdade, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º), a igualdade jurídica (art. 3º), a liberdade de fé e confissão religiosa (art. 4º), a liberdade de expressão (art. 5º), o direito de reunião (art. 8º), o direito de associação (art. 9º), o direito à livre escolha da profissão (art. 12), a inviolabilidade de domicílio (art. 13), o direito à propriedade privada (art. 14), o direito de resistência (art. 20, IV), a igualdade entre alemães de diferentes Lander (art. 33), direitos políticos (art. 38), o princípio do juízo natural (art. 101), o direito de acesso à jurisdição, a tipicidade penal e a vedação do bis in idem (art. 103), a inviolabilidade da liberdade (art. 104), entre outros. Como observa Leonardo Martins, há controvérsias sobre a finalidade precípua da reclamação, se consiste na tutela de direitos fundamentais ou da ordem jurídica objetiva. SCHWABE, 2006.

[147] A reclamação movida contra ato judicial reputado violador de direitos fundamentais ou que confirma ato administrativo análogo é denominada *Urteilverfassungsbeschwerde*. A reclamação constitucional que ataca diretamente norma abstrata reputada violadora de direitos fundamentais é denominada *Rechtsatzverfassungsbeschwerde*. SCHWABE, 2006, p. 62.

[148] Especialmente no que se refere a leis que abstratamente criam, extinguem ou modificam relações jurídicas abstratas e gerais a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* não tem admitido o cabimento, diversamente do que ocorre quanto a leis que atingem de forma imediata situações jurídicas concretas relativas a indivíduos determinados ou a grupos ou classes bem definidas de indivíduos (p. ex.,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

as denominadas *Massnahmegesetz*, ou leis-medida). Observe-se ainda que em caso de omissão legislativa só têm sido admitidas as reclamações constitucionais voltadas contra omissão parcial, e não total. CAPPELLETTI, 1961.

[149] Como ensina Martins, constituem condições da reclamação constitucional a possibilidade de violação de um direito fundamental, um prejuízo próprio, atual e direto ao referido direito, e a necessidade de proteção, significando a última o esgotamento das instâncias da jurisdição ordinária. SCHWABE, 2006, pp. 62-64.

[150] Isso significa, na prática, que o *Verfassungsbeschwerde* cabe pode ser impetrado apenas contra decisões judiciais definitivas proferidas em única ou última instância, exceção feita às referidas leis de efeitos concretos. CAPPELLETTI, 1961.

[151] De acordo com a jurisprudência do próprio *BVerfGe* estabelecida após as conhecidas decisões proferidas já nos anos de 1951 e 1952, questões revestidas de importância geral ou em casos de dano grave e irreparável é possível afastar o requisito. CAPPELLETTI, 1961; SCHWABE, 2006.

[152] Admite-se a intervenção de terceiros não-interessados na condição de *amici curiae*. Como ensina Mauro Cappelletti, são considerados órgãos constitucionais especialmente o *Bundestag* (Câmara dos Deputados), o *Bundesrat* (Senado), o *Bundesregierung* (Governo Federal), os *Landtag* (legislativos estaduais) ou os governos dos *Länder*, além da Comissão prevista no art. 45 da GG. O próprio *BVerfGe* não se vincula a seus precedentes, no entanto. CAPPELLETTI, 1961.

[153] A rescisão da coisa julgada se dará quanto ao caso específico contra cuja decisão o remédio foi manejado.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

A coisa julgada formal e material relativa a outros casos deverá ser preservada, exceto no que diz respeito à revisão criminal. De qualquer modo as decisões judiciais transitadas em julgado não serão rescindidas, mas não mais poderão ser executadas. CAPPELLETTI, 1961. MENDES, 2014.

[154] Eduardo Ferrer Mac-Gregor encontra a expressão já nas Sete Partidas de Afonso X (terceira partida, Título XXXIII), com significado de recurso ou meio de impugnação. Afirma que a origem do vocábulo remontaria à Idade Média e notadamente o direito aragonês, sendo a expressão encontrada também no direito castelhano. FERRER MAC-GREGOR, 2013. Nesse sentido, e para aprofundar tal temática, remete-se à obra de FAIRÉN GUILLÉN, 1971.

[155] Como ensina importante autor mexicano, a Constituição do Estado de Yucatán de 1841 previa em diversos dispositivos (arts. 8º, 9º e 62), estabelecendo competir ao Tribunal Superior de Justiça “amparar no gozo de seus direitos aqueles que peçam sua proteção contra leis e decretos da legislatura que sejam contrários à constituição”. FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 303.

[156] Para ser específico, cabe dizer que FERRER MAC-GREGOR identifica difusão do amparo, para sistemas jurídicos europeus como os da Albânia, Alemanha, Andorra, Áustria, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Georgia, Hungria, Polônia, República da Macedônia, República Tcheca, Rússia, Sérvia, Montenegro e Suíça. Fora da Europa, menciona ainda Cabo Verde, Macau e Coréia do Sul. FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 315.

[157] A difusão a partir do direito constitucional mexicano ocorreu para a América Latina e Espanha

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

durante o século XIX e primeira metade do século XX, para Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai e Venezuela entre as décadas de 1950 e 1960, e para países como Chile, Colômbia, Uruguai, Perú e República Dominicana entre as décadas de 1970 e 1990. FERRER MAC-GREGOR, 2006. Fix Zamudio identifica sua marca em diversos documentos e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, notadamente a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XVIII), a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 2ª, 3) e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 25). FIX-ZAMUDIO, 1993.

[158] Há amplas controvérsias doutrinárias sobre a natureza jurídica do mesmo.

[159] Sobre o tema confira-se FIX-ZAMUDIO, 1993a, pp. 81 e ss.

[160] Como ensina Ferrer Mac-Gregor, há países que contemplam habeas corpus e amparo, há outros que contempla habeas corpus, amparo e habeas data e, por fim, o México, que só contempla o amparo com tutela omnicompreensiva. FERRER MAC-GREGOR, 2013.

[161] Para uma comparação entre o amparo ibero-americano e a reclamação constitucional alemã, consulte-se FIX-ZAMUDIO, 1993.

[162] O controle de constitucionalidade realizado por meio do amparo contra leis é geralmente restrito às partes no processo, devido ao fato de ser este o efeito típico das decisões proferidas no bojo de tal remédio, de acordo com a célebre “fórmula de Otero”, em referência a Mariano Otero y Mestas (1817-1850), destacado político e jurista mexicano. No entanto, é

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

possível um efeito ampliativo por força da jurisprudencia da Suprema Corte mexicana, que consiste em precedente vinculante após cinco decisões sucessivas daquele órgão no mesmo sentido.

[163] O mais famoso é o caso Samuel Kot, da Argentina, julgado em 1958. FERRER MAC-GREGOR, 2013.

[164] O instituto tem sua admissibilidade comumente condicionada a prazos decadenciais relativamente curtos (entre 15 e 30 dias da ciência do ato considerado lesivo a direitos), podendo, no entanto, em alguns casos, ser proposto em prazos maiores ou até mesmo a qualquer tempo (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

[165] A informalidade é grande a ponto de se admitir correções de ofício pelo juiz no pedido do impetrante (suplencia de queja deficiente).