



LUIS FERNANDO SGARBOSSA
GEZIELA IENSUE

DIREITO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA COMPARATIVA

Os sistemas constitucionais e a
jurisdição constitucional

IBPJ

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

GEZIELA IENSUE

DIREITO CONSTITUCIONAL EM
PERSPECTIVA COMPARATIVA

Os sistemas constitucionais e a jurisdição
constitucional

Campo Grande, MS
Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica - IBPJ
2017

© Luís Fernando Sgarbossa / Geziela Iensue

ISBN: 978-85-94308-00-9

Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica - IBPJ

CNPJ/MF n. 28.539.750/0001-55

Prefixo ABISBN 94308

FICHA CATALOGRÁFICA

Sgarbossa, Luís Fernando; Iensue, Geziela.

Direito Constitucional em perspectiva comparativa: os sistemas constitucionais a jurisdição constitucional./ Luís Fernando Sgarbossa./ Geziela Iensue./ 1ª ed./ Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2017. 193 p.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Comparado. 3. Direito Constitucional Comparado. 4. Sistemas constitucionais. 5. Jurisdição constitucional. I. Título.

C.D.U. 340.5/342

Capa: John Cassell. João Sem-Terra recusando-se a assinar a Magna Charta Libertatum (1865). Imagem em domínio público.

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. lfsgarbossa@uol.com.br

GEZIELA IENSUE

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora da Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.
igeziela@gmail.com

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA

Prof. Dr. ALEXANDRE C. PAGLIARINI

Prof. Dr. ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Profa. Dra. GEZIELA IENSUE

Prof. Dr. GUILHERME AMINTAS

Prof. Dr. ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Prof. Dr. IVO DANTAS

Prof. Dr. MAURÍCIO D. TIMM DO VALLE

Prof. Dr. PABLO MALHEIROS DA C. FROTA

Prof. Dr. RENATO BRAZ MEHANNA KAMIZ

SUMÁRIO

PREFÁCIO

INTRODUÇÃO

1. BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO
COMPARADO GERAL E AO DIREITO
CONSTITUCIONAL COMPARADO

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO:
AS MATRIZES CONSTITUCIONAIS

3. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL
COMPARADO: A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS

ÍNDICE

PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	12
1. BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO COMPARADO GERAL E AO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO	14
1.1. Direito Comparado	14
1.2. Direito Constitucional Comparado	22
2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: AS MATRIZES CONSTITUCIONAIS	30
2.1. Principais sistemas ou matrizes constitucionais	31
2.1.1. Matriz constitucional britânica	35
2.1.2. Matriz constitucional norte-americana	47
2.1.3. Matriz constitucional francesa	59
2.1.4. Matriz constitucional soviética	72
2.1.5. Outros sistemas constitucionais não classificados em famílias	76
3. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMPARADO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	78
3.1. Controle de constitucionalidade	80
3.1.1. Controle político	86
3.1.1.1. Sistema francês	89
3.1.2. Controle judicial	97
3.1.2.1. Sistema norte-americano	99
3.1.2.2. Sistema austríaco	108

3.1.2.3. Sistema ítalo-alemão	119
3.1.2.4. Sistemas mistos	125
3.2. Jurisdição constitucional das liberdades	134
3.2.1. Reclamação de Direito Público suíça	138
3.2.2. Reclamação constitucional alemã	142
3.2.3. Amparo latino-americano	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155
NOTAS	160

PREFÁCIO

Nesta oportunidade, saúdo-me por ter sido escolhido pelos amigos LUIS FERNANDO SGARBOSSA e GEZIELA IENSUE para prefaciara obra *Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa*. Os sistemas constitucionais e a jurisdição constitucional, de suas autorias; ademais e ao mesmo tempo, parablenizo os estudiosos do *Direito Constitucional Comparado* que estão recebendo na bibliografia nacional este importante estudo.

De saída, vale notar que os autores não utilizam as expressões *Direito Constitucional Comparado* ou *Comparação de Direitos*, mas delas se afastam, para elegerem outra, que começa pela expressão *Direito Constitucional* para depois fixar a “perspectiva comparativa”, que poderia ser a perspectiva filosófica, sociológica ou histórica. É, sem dúvidas, uma forma de estabelecer a demarcação metodológica.

Esta não é a primeira publicação dos autores que se movem em uma área não apenas jurídica pelo jurídico, mas dominam com igual maestria os assuntos econômicos e históricos, sem esquecermos aqueles que se referem a Epistemologia, e do que é exemplo *Elementos de Direito Comparado – Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária* (Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008).

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

Neste momento, pode-se afirmar que o livro (DIREITO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA COMPARATIVA - Os sistemas constitucionais e a jurisdição constitucional) está marcado por dois fatos importantes, a saber: a) – assegura que os seus autores não romperam com as análises e reflexões acerca do Direito Comparado; b) – é uma espécie de continuidade dos Elementos, à medida que lá tratam apenas da epistemologia do Direito Comparado, enquanto neste retomam esta perspectiva, de forma mais restritiva porque complementada por análises de estudo de sistemas.

O livro é o retrato perfeito dos seus autores, aparentemente simples, mas verdadeiros ‘monstros’ quando, por exemplo, a palavra lhes é dada. Tanto isto é verdade, que há pouco tempo, LUIS FERNANDO em um Congresso realizado em Recife e patrocinado pelo grupo de DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA, sob minha orientação, tão logo acabou sua exposição, começaram os pedidos para que ele voltasse.

Mas... retornemos ao livro.

Fiéis ao seu estilo objetivo, o texto demonstra que os autores dominam o que há de mais recente em termos de bibliografias moderna e contemporânea, as quais vão sendo usadas ao longo dos capítulos, os quais estão formados em 3 três blocos (unidades), a saber: Teoria e Metodologia do Direito Comparado; Direito Constitucional Comparado: os sistemas constitucionais e Direito Processual Constitucional Comparado: a Jurisdição Constitucional.

Em cada uma destas unidades, SGARBOSSA E GEZIELA desenvolvem com detalhes os temas a que se propõem, havendo uma questão sobre a qual

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

tomaremos nossa opinião individual.

Referimo-nos ao estudo dos sistemas ou matizes constitucionais sobre os quais, de logo, vem a observação: “aqui não se adotará o critério tradicional dos grandes sistemas, como o Romano-Germânico, o Common Law, o Direito Soviético, os Direitos Religiosos e assim por diante”.

É, sem dúvida, uma contribuição dos autores, sobretudo porque evita a observação cada vez mais frequentes, de que o Civil Law e o Common Law assumem nos dias atuais características que apontam para uma interdependência dos seus conteúdos, afastando a velha afirmativa de que cada sistema ou família, eram apontados como de conteúdos próprios.

Em síntese, posso afirmar com absoluta certeza de que a obra terá seu lugar em todas as bibliotecas, públicas e/ou particulares, contribuindo assim para a maior difusão do estudo e ensino do Direito Constitucional Comparado entre nós.

Repito o que disse no início: estou de parabéns e sou grato pelo convite para assinar este prefácio...

Recife, abril de 2017.

IVO DANTAS

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife

UFPE

INTRODUÇÃO

O presente livro foi concebido como livro-texto para a disciplina de Direito Constitucional Comparado na graduação ou pós-graduação em Direito e abrange aspectos de direito material e processual.

É fortemente tributário de obras e autores clássicos do Direito Comparado e do Direito Constitucional, estrangeiros e brasileiros, como Giuseppe De Vergottini, Mauro Cappelletti, Marcello Caetano, Jorge Miranda, José Joaquim Gomes Canotilho, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Hector Fix-Zamudio, Ivo Dantas, entre outros.

Não tem a pretensão de constituir um tratado, até porque outras obras muito mais completas encontram-se disponíveis, como a conhecidíssima e volumosa obra de Vergottini ou os clássicos estudos de Cappelletti.

Trata-se de uma tentativa de exposição sintética, didática e sistematizada do campo do Direito Constitucional Comparado, servindo de texto básico para a iniciação, o estudo e o ensino da disciplina.

A obra aborda três aspectos correlatos do objeto de estudo, em três Capítulos sucessivos. No primeiro capítulo, realiza uma breve introdução ao Direito Comparado Geral e ao Direito Constitucional Comparado, na esteira dos ensinamentos de autores como Ivo Dantas, Marc Ancel, René Davi e outros.

No segundo capítulo é realizada uma exposição das

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

principais experiências constitucionais modernas (matrizes constitucionais), por meio do método comparativo e do método histórico. Na esteira dos ensinamentos de autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Marcello Caetano, entre outros, a ênfase recai nos constitucionalismos britânico, norte-americano e francês, abordando, ainda, os sistemas da matriz soviética.

O terceiro capítulo, por fim, examina a jurisdição constitucional em perspectiva comparativa. Estuda, assim, o Direito Processual Constitucional Comparado, abordando tanto os sistemas de controle difuso, concentrado e modelos híbridos de controle de constitucionalidade de normas quanto à jurisdição constitucional das liberdades.

Assim, abordam-se, após os sistemas de controle de constitucionalidade, diversos remédios ou garantias constitucionais em perspectiva comparada, como a reclamação de direito público suíça, a reclamação constitucional alemã e a ação de amparo latino-americana, entre outros.

Embora não se proponha a ser exaustiva, a obra pretende ser suficientemente abrangente para que o leitor tenha, ao final, familiaridade com as principais experiências constitucionais conhecidas na História e com aspectos importantes da jurisdição constitucional em perspectiva comparada.

Tem a pretensão, ainda, de ser constantemente ampliada e aperfeiçoada em edições futuras, nas quais se pretende abordar sistemas constitucionais nacionais importantes na contemporaneidade, além do direito constitucional latino-americano.

Os Autores.

1. BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO COMPARADO GERAL E AO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O presente capítulo tem finalidades propedêuticas, posto ter por objetivo introduzir o leitor no campo do conhecimento abordado, delimitando-o, esclarecendo algumas confusões e equívocos comuns, e delineando tão bem quanto possível o objeto do Direito Comparado em geral e do Direito Constitucional Comparado em particular.

Não pretende ser exaustivo, consistindo antes em uma introdução sumária a questões epistemológicas, teóricas e metodológicas do Direito Comparado Geral e do Direito Constitucional Comparado, remetendo-se o leitor desejoso de aprofundamentos à bibliografia especializada indicada ao final.[1]

A primeira parte dedicar-se-á ao Direito Comparado Geral ao passo que a segunda terá por objeto o Direito Constitucional Comparado propriamente dito.

1.1. Direito Comparado

Para começar faz-se necessário compreender em que consiste o Direito Comparado, qual seu estatuto epistemológico, seu objeto e seus métodos.

O Direito Comparado, como aqui concebido, é o ramo da Ciência Jurídica que se propõe a compreender o direito a partir da utilização de métodos comparativos (SGARBOSSA; JENSEN: 2008).

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Ou seja, trata-se de um ramo do conhecimento científico que busca, por meio de abordagem comparativa, estabelecer semelhanças e dessemelhanças entre diferentes sistemas jurídicos para, ao final, extrair conclusões, ampliando o conhecimento sobre o fenômeno jurídico.

Tal disciplina científica nasce no século XIX, a despeito de estudos comparativos de textos legais existirem desde a Antiguidade, como destacam muitos autores.

Primeiramente, portanto, convém esclarecer que, a despeito de muitos sustentarem tratar-se o Direito Comparado de simples método, aqui se espousa a visão segundo a qual o Direito Comparado constitui verdadeira Ciência ou, mais apropriadamente, um ramo da Ciência do Direito (DANTAS, 2010).

Existem diversos motivos para tal tomada de posição, que partem desde o fato de não existir um único método comparativo, como se verá melhor adiante, quanto pelo fato de que o Direito Comparado já se constitui em um conjunto de conhecimentos sistematizado, demonstrável e metodologicamente orientado, que evidencia sua autonomia epistemológica em face de outros ramos da Ciência Jurídica.

O Direito Comparado é um ramo do conhecimento que se situa a meio caminho entre a Dogmática Jurídica e a Teoria do Direito. Com efeito, a dogmática jurídica preocupa-se com o conhecimento do direito circunscrito a um sistema jurídico nacional, e, frequentemente, a um ramo deste.

Já a Teoria do Direito visa propiciar uma compreensão que abranja o fenômeno jurídico a partir de seus aspectos mais gerais – os sistemas jurídicos enquanto tais, em oposição a outros sistemas

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

normativos, como os sistemas sociais ou morais – sem descer às minúcias de sistemas jurídicos particulares.

O Direito Comparado insere-se precisamente no âmbito não coberto nem pela Dogmática Jurídica – dirigida especificamente aos sistemas jurídicos positivos nacionais ou parte deles – nem pela Teoria do Direito ou Teoria Geral do Direito – dirigida aos sistemas jurídicos em geral.

O Direito Comparado busca compreender o fenômeno jurídico a partir da análise comparativa de diferentes sistemas não apenas quanto à sua forma e estrutura geral, mas também quanto a seu conteúdo.

No estudo do Direito Comparado, duas abordagens principais são possíveis. A primeira consiste no estudo comparativo de sistemas jurídicos no sentido de famílias ou tradições jurídicas. A segunda, no estudo comparativo de sistemas jurídicos nacionais – dois ou mais.

Os frutos dos estudos de Direito Comparado na primeira seara são amplamente conhecidos. A partir do estudo comparativo de sistemas jurídicos como o Romano-Germânico, o Common Law, a Char'ia e outros, formou-se todo um campo do conhecimento destinado a compreender de forma ampla diferentes sistemas jurídicos.[2]

Estudando sistemas que compartilham origens e características comuns, formaram-se as conhecidas classificações de famílias ou grandes sistemas do direito, como as propostas por René David e outros.

No outro extremo, estudos mais recentes de Direito Comparado tem focado em comparações entre dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, notadamente entre ramos ou aspectos particulares desses.

Assim, é possível um estudo de princípios, normas,

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

instituições jurídicas, ramos do direito ou outros elementos pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos nacionais.[3]

Naturalmente existem outras possibilidades. Não seria possível apenas a comparação entre grandes sistemas jurídicos (agrupamentos de sistemas jurídicos nacionais aparentados) ou a comparação entre sistemas jurídicos nacionais.

É possível, alternativamente, a comparação de sistemas jurídicos internacionais – a comparação entre dois sistemas regionais de proteção de direitos humanos, por exemplo – ou, ainda, a comparação de sistemas jurídicos parcelares integrantes de um sistema jurídico nacional – a comparação entre o direito de dois ou mais municípios ou, em federações, de dois ou mais Estados federados, por exemplo.

Além disso, os estudos juscomparativos abrangem a macro-comparação, expressão designativa da tentativa de comparar sistemas como um todo, da micro-comparação, expressão designativa do esforço em comparar parcelas de sistemas jurídicos, como normas isoladas ou institutos jurídicos – tal como a propriedade, os contratos, ou os writs constitucionais.

Além disso, é importante ressaltar, sem se deter no assunto, que a concepção atual de Direito Comparado não se resume a legislação comparada. Todo estudo juscomparativo contemporâneo deve recorrer não apenas à legislação, mas igualmente à doutrina e à jurisprudência, para uma adequada compreensão das diferentes ordens jurídicas.

Como ramo da Ciência Jurídica que é, o Direito Comparado tem como principal finalidade a produção de conhecimento. Nada obstante, são muito conhecidas e bastante discutidas suas funções práticas – o

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

denominado Direito Comparado Aplicado.

Entre elas encontram-se questões relativas à política legislativa, aos processos de integração regional, à aplicação extraterritorial de direito estrangeiro, por força das normas de reenvio formal, entre outros.

Há que se observar que, como se pode perceber, o Direito Comparado não se confunde com o Direito Internacional Público ou Privado. Também não se pode confundir Direito Comparado com o direito estrangeiro, pois este último refere-se a qualquer sistema jurídico que não seja o nacional. É normalmente a “matéria prima” dos estudos comparativos, mas não se confunde com o Direito Comparado.

O Direito Comparado tampouco se confunde com a História do Direito, embora mantenha com ela fortes relações e embora a maioria dos estudos – como o presente – recorram, simultaneamente, à comparação e ao método histórico.

Com efeito, aquilo que se realiza no Direito Comparado, normalmente, é a comparação sincrônica, vale dizer, a comparação realizada entre sistemas vigentes simultaneamente, normalmente na atualidade.

A História do Direito, por sua vez, realiza a comparação diacrônica, ou seja, a comparação entre diferentes momentos históricos de um mesmo sistema jurídico.

A despeito de tal separação em termos de objeto e método, deve-se registrar que ambos os campos do saber – Direito Comparado e História do Direito – implicam-se e requerem-se reciprocamente, não sendo possível fazer estudos juscomparativos sem o apoio da História do Direito.

Vistos rapidamente tais aspectos epistemológicos e

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

teóricos do Direito Comparado, convém examinar algumas questões metodológicas.

Toda comparação, juízo lógico que é, reclama pelo menos dois objetos que tenham ao menos um aspecto comum para tornar possível a comparação.

O primeiro elemento de uma comparação jurídica é denominado comparandum, e normalmente consiste no sistema jurídico nacional.

O segundo elemento é comumente denominado comparatum, e corresponde a um ou mais sistemas estrangeiros com relação aos quais o pesquisador irá proceder à comparação.

O comparatum pode ser singular – um único ordenamento jurídico – ou plural – diversos ordenamentos jurídicos.

O aspecto a ser comparado entre ambos os elementos da comparação jurídica é normalmente denominado tertium comparationis ou termo a comparar. Consiste na parcela, fração ou aspecto dos ordenamentos jurídicos em comparação que serão enfocados.

Assim, a título de exemplo, é possível realizar uma pesquisa comparativa cujo comparandum seja o direito brasileiro, cujo comparatum seja o direito francês, o direito inglês e o direito norte-americano e cujo termo a comparar seja o valor do montante da indenização decorrente de responsabilidade civil por dano extracontratual.

Trata-se de uma pesquisa de responsabilidade civil por dano extracontratual (termo a comparar) abrangendo um comparandum singular – o direito brasileiro – e um comparatum múltiplo – os direitos francês, inglês e norte-americano.[4]

A despeito de tal aspecto esquemático e

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

essencialmente lógico da comparação, a literatura dedicada ao tema adverte para o fato de não existir um único método comparativo, mas vários.

É comum a alusão ao método comparativo-descritivo, assim entendida a comparação que se situa no nível dos componentes elementares de um sistema jurídico – as normas. Também é conhecida a alusão a um método dito técnico-comparativo, cujo escopo é um pouco mais amplo, situando-se no nível das instituições jurídicas - como a propriedade, o matrimônio ou o controle de constitucionalidade, por exemplo.

Fala-se, ainda, em um método estrutural-comparativo, com enfoque mais amplo, que visa compreender o sistema jurídico de maneira ampla, enfatizando sua estrutura geral (abrangendo grandes divisões, conceitos, a concepção da norma jurídica, entre outros aspectos, como ensina René David).

O método mais recente e que tem sido considerado a “virada copernicana” no campo juscomparativo, no entanto, tem sido o método funcional-comparativo.

Tal método parte de um problema qualquer e investiga, de maneira ampla, que normas ou instituições de diferentes sistemas jurídicos tentam resolvê-lo.

É um método que enfatiza o estudo de casos e a busca da comparação de suas soluções, onde quer que estejam elas – seja na responsabilidade penal, civil, administrativa, política ou outra, por exemplo.

Tem sido considerado um método superior por muitos, na medida em que possibilitaria uma visão mais acurada dos sistemas jurídicos, evitando conclusões equivocadas baseadas em falsas analogias ou incompreensões devidas à assimetria dos diversos sistemas jurídicos.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

É considerado superior, também, por favorecer o estudo de sistemas bastante distintos entre si, o que não significa que tal método também não tenha sido objeto de críticas.

Inúmeros outros aspectos relevantes e importantes fazem parte do universo analítico, teórico e metodológico do Direito Comparado.

A título de exemplo, o problema da circulação de modelos e da recepção de direito é um tema explorado por muitos estudos de Direito Comparado.[5]

Ainda, o problema dos formantes jurídicos e dos “criptotipos”, levantado por Rodolfo Sacco e desenvolvido no âmbito das teorias críticas da Escola de Turim.[6]

Outras questões, mais propriamente metodológicas, como as questões relativas aos limites da traduzibilidade, a técnica da “homologação” e outras relativas a questões linguísticas também poderiam ser objeto de exame.[7]

Para fins do presente estudo, no entanto, as breves premissas analíticas, teóricas e metodológicas ora levantadas são suficientes para avançar, eis que seu objeto não é apenas de Direito Comparado, mas de Direito Constitucional Comparado, especialização daquele.

Diante disso, o tópico sucessivo irá rememorar ao leitor aspectos básicos do Direito Constitucional e introduzi-lo ao Direito Constitucional Comparado, preparando, assim, os tópicos seguintes.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

1.2. Direito Constitucional Comparado

Após a brevíssima aproximação ao Direito Comparado Geral realizada no tópico anterior, convém ingressar no âmbito do Direito Constitucional Comparado, a partir de um resgate inicial de temas de Direito Constitucional Geral.

Primeiramente devem ser recordados alguns dos sentidos das expressões constituição, Direito Constitucional e constitucionalismo.

Constituição é expressão ambígua, equívoca e plurívoca. Entre os diversos sentidos possíveis, alguns são imprescindíveis para o presente estudo.

Primeiramente, do ponto de vista da Teoria do Direito, a constituição pode ser concebida em sentido material e em sentido formal.

Em sentido material, uma constituição seria uma norma ou conjunto de normas sobre a produção das demais normas de um sistema jurídico (KELSEN, 2003).

Ou seja, do ponto de vista de autores como Kelsen, o conceito de constituição em sentido material corresponderia àquelas normas que estabeleceriam como podem ser criadas outras normas no sistema – quais os órgãos competentes, quais os procedimentos, e assim por diante.[8]

Em sentido formal, por outro lado, constituição seria uma norma ou conjunto de normas dotadas de determinadas características formais essenciais.

Nesse sentido, normas constitucionais seriam aquelas que não reconheceriam quaisquer outras normas de direito positivo a elas superiores, tendo como traços característicos a supremacia (ou suprallegalidade) e a rigidez (ou imodificabilidade

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

relativa) (KELSEN, 2003).

A supremacia significa exatamente que as normas constitucionais ocupariam a posição hierárquica mais elevada na estrutura escalonada do ordenamento jurídico positivo, constituindo a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas.

A imodificabilidade relativa, por sua vez, significa que tais normas não poderiam ser alteradas pelo mesmo procedimento legislativo que as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, exigindo processo mais difícil ou gravoso (traduzido na exigência de um maior número de turnos, de quóruns qualificados, ou outras exigências formais).

Das duas características formais mencionadas, decorre que quaisquer normas que delas se revistam integram a constituição formal – independentemente da matéria ou conteúdo de que tratem. Decorre, ainda, a invalidade das disposições infraconstitucionais – notadamente legais – que contrariem normas constitucionais.

É de tal distinção basilar entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais – que remonta, em última análise, à distinção de Sieyès entre poder constituinte e poderes constituídos – que decorre a noção de inconstitucionalidade – examinada adiante – e, conseqüentemente, os institutos contemporâneos de controle de constitucionalidade.

Além dos sentidos de constituição, aqui brevemente explorados, há que se chamar a atenção para o sentido mais comum na teoria constitucional, que poderia ser denominado de noção garantista de constituição.

De um ponto de vista histórico, a expressão constituição começou a ser utilizada há muito para designar o conjunto de princípios constitutivos de uma

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

sociedade politicamente organizada (nesse sentido falava-se, por exemplo, em constituição de Atenas, ou constituição de Esparta, e assim por diante).

Tal uso da expressão constituição perdurou durante muito tempo, utilizando-se frequentemente a expressão “constituição política” para descrever o conjunto de princípios, normas e instituições que regiam um reino, um império, uma república ou, mais recentemente, um Estado.

A constituição política traduzia, portanto, um conjunto de instituições que conferiam as características básicas essenciais sobre a origem, o exercício e a forma de transmissão ou exercício do poder (opondo repúblicas a monarquias, democracia e autocracia, por exemplo), entre outros aspectos.

A partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, no entanto, a expressão constituição sofreu uma ressignificação.

Referidas revoluções, como é sabido, puseram fim ao Antigo Regime, acabaram com as sociedades estamentais estratificadas e hierarquizadas e com os privilégios de castas, bem como aos Estados absolutistas.

As monarquias absolutistas, como se sabe, eram caracterizadas pela concentração de todos os poderes e funções políticas em mãos do monarca, que os exercia diretamente ou por órgãos delegados. Sua marca era, sabidamente, a ausência de limites ao poder político, concebendo-se o soberano como livre de amarras ou limites jurídicos – *legibus solutus* – e, conseqüentemente, detentor de poderes de vida e morte sobre o súdito (recorde-se, entre todos, as concepções de Thomas Hobbes no *Leviatã*).

Sob tais sistemas políticos, o poder político era

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

exercido de cima para baixo, sem mecanismos de participação dos súditos – pelo menos dos plebeus – na tomada de decisões. O fundamento de legitimidade do poder era a doutrina da origem divina deste, não radicando no consentimento dos governados.

A lei era concebida como decorrência da vontade do soberano, e era difundida a concepção de que este não podia ser por ela limitado. As sociedades eram divididas em castas fechadas, como a nobreza, o clero e os plebeus, cada um gozando de estatutos jurídicos próprios.

As nobres e clero reservavam-se inúmeros privilégios, ao passo que para os plebeus abundavam as obrigações e os deveres. Não havia igualdade política ou jurídica, abundando as discriminações baseadas em casta, religião ou outros critérios.

Com base em valores como liberdade, igualdade e fraternidade, as revoluções liberais propuseram-se a reformular radicalmente as bases da sociedade.

Bem ou mal, de maneira mais ou menos efetiva em diferentes lugares, de sobressalto em certos países ou mais vagarosamente em outros, foram se estabelecendo limites ao poder do soberano, foram se transformando as relações entre governantes e governados, foram sendo extintas as distinções de casta, foram sendo extintos os órgãos de caráter estamental.

A afirmação da liberdade política e jurídica implicou uma série de restrições ao poder político. Estabeleceram-se constituições que passavam a ser concebidas como normas que limitavam o poder dos monarcas ou dos órgãos que exerciam o poder político (CANOTILHO, 2003).

Uma das principais técnicas utilizadas para tanto era a da separação dos poderes, baseada no pressuposto da

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

tendência ao abuso do poder por quem o exerce. Assim, buscou-se organizar o Estado por meio de constituições que atribuísem diferentes parcelas de poder – ou funções estatais –, como as de legislar, administrar e julgar, a órgãos distintos e independentes entre si (BONAVIDES, 2008).

Além disso, o poder dos monarcas ou governantes, antes limitado apenas pelos privilégios dos nobres e do clero, sob o constitucionalismo medieval que vigorou dos séculos XIII a XVIII (CANOTILHO, 2003) agora passava a ser limitado por direitos conferidos à população de maneira ampla.

Assim, garantias contra a privação arbitrária da vida, da liberdade e dos bens passaram a ser estabelecidas em favor de todos os cidadãos, e não mais em favor apenas de certas castas. Esses institutos originarão posteriormente os denominados direitos, liberdades e garantias fundamentais, igualmente previstos em constituições e cuja função era a de limitar o poder político em face dos cidadãos.

Este movimento de limitação do poder político, surgido a partir dos séculos XVII-XVIII passou a ser conhecido como constitucionalismo moderno.[9]

Consistia em um amplo movimento social, político, jurídico, cultural, que defendia a proteção da liberdade e da segurança individuais e, para tanto, a limitação do poder do Estado por meio da adoção de constituições baseadas em direitos e garantias fundamentais, separação dos poderes, federalismo e outras técnicas (CANOTILHO, 2003).

Tal movimento associou dali por diante a noção de constituição com a ideia de limitação jurídica do poder e, conseqüentemente, à noção de Estado de Direito e rule of law.

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Assim surgiu o mencionado conceito garantista de constituição, segundo o qual esta é concebida como um conjunto de normas cuja finalidade principal é a proteção do indivíduo em face do poder político (BONAVIDES, 2008).

Tal noção encontra-se diretamente vinculada à noção de Estado de Direito e de governo de leis e não de homens, associada, portanto, à ideia de Estado liberal ou constitucional, oposto do Estado absolutista.

Assim a constituição, em um sentido garantista, consistiria em um conjunto de normas e instituições limitadoras do poder político (em princípio) e protetivas da liberdade e segurança do indivíduo, especialmente (mas não somente) de sua vida, liberdade e bens.

Revisadas algumas das principais acepções de constituição, resta examinar brevemente dois possíveis significados para a expressão Direito Constitucional.

Há que se distinguir, ainda, Direito Constitucional em sentido objetivo e Direito Constitucional como ramo da ciência jurídica. Em sentido objetivo, considera-se Direito Constitucional o conjunto de normas que cria e organiza determinado Estado e seu ordenamento jurídico, comumente limitando o poder político por determinadas técnicas, como a separação de poderes e o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais.

Tais normas comumente são consideradas superiores a todas as demais do ordenamento jurídico e são dotadas de maior rigidez, demandando procedimentos especiais e mais difíceis de alteração, como já mencionado. Além disso, contam com mecanismos especiais de proteção (controle de constitucionalidade).

Em tal acepção o Direito Constitucional

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

corresponde ao direito constitucional positivo de determinado Estado específico (direito constitucional brasileiro, argentino ou alemão, por exemplo, entre outros).

Além desse sentido, resta evidente que Direito Constitucional significa, também, o ramo da Ciência Jurídica que se dedica ao estudo das normas constitucionais positivas (ou seja, do Direito Constitucional em sentido objetivo), normalmente abordando um ordenamento jurídico constitucional positivo específico (distinguindo-se, assim, do Direito Constitucional Geral ou Teoria Constitucional).

Ou seja, o objeto do Direito Constitucional enquanto ramo da Ciência Jurídica é o direito constitucional positivo, ou Direito Constitucional objetivo – embora isso abranja, necessariamente, uma Teoria da Constituição.[10]

Diante disso e do que se afirmou sobre o Direito Comparado no tópico anterior, deve ficar claro ao leitor que a expressão Direito Constitucional Comparado refere-se a um ramo da Ciência do Direito.

Trata-se do ramo da Ciência Jurídica que se dedica ao estudo do Direito Constitucional objetivo de dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, por meio de abordagem comparativa.

Assim como afirmado acerca do Direito Comparado em geral, o Direito Constitucional Comparado situa-se a meio caminho da dogmática constitucional – doutrina sobre um sistema constitucional específico – e da Teoria da Constituição – teorizações sobre o Direito Constitucional em geral, sem ater-se a sistemas constitucionais positivos específicos.

Consiste em um conjunto de estudos metodologicamente orientados e em um conjunto de

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

conhecimentos sistematizados sobre dois ou mais sistemas constitucionais, a partir de uma perspectiva comparativa e com auxílio de outros métodos, como o histórico.

É, desse modo, ramo da Ciência Jurídica e, mais especificamente, ramo do Direito Comparado. Não é, por outro lado, ramo do direito positivo, posto tratar-se de atividade e de conhecimento científico, não se traduzindo em um conjunto de normas estabelecidas por um órgão político com objetivo de regular o comportamento de quem quer que seja.[11]

Este é, portanto, o conceito e o estatuto epistemológico do Direito Constitucional Comparado. Quanto aos aspectos metodológicos, o que foi dito para o Direito Comparado em geral aplica-se àquele, de maneira geral.

Examinados estes tópicos introdutórios, torna-se possível adentrar os tópicos essenciais do Direito Constitucional comparado, o que se fará a partir do capítulo sucessivo.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: AS MATRIZES CONSTITUCIONAIS

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

2.1. Principais sistemas ou matrizes constitucionais

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

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

Ao contrário, os grandes grupos de sistemas – ou

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

2.1.1. Matriz constitucional britânica

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

século

XIII.

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

ponto de vista formal.[16]

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

precipuamente decisórias.[18]

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

O sistema constitucional britânico dará origem a

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

2.1.2. Matriz constitucional norte-americana

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

americano são inspiradas na monarquia inglesa.

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(CANOTILHO, 2003).

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

federal – com respectivos órgãos.

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

2.1.3. Matriz constitucional francesa

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Uma forma de sistematização do estudo das

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Foi substituída por uma nova constituição, em 1793,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

A constituição de 1848, ou da Segunda República,

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

possuindo capacidade de editar regulamentos (CAETANO, 2009).

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

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

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

controle de constitucionalidade e eleitorais.

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

2.1.4. Matriz constitucional soviética

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

soviético, ainda que breves.

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

resoluções e diretivas (MIRANDA, 2003).

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

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

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

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

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

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

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

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

2.1.5. Outros sistemas constitucionais não classificados em famílias

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

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

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

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

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

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

(MIRANDA, 2003).

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

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

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 norteamericano 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 dogmaticamente 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 (CAPPELLETTI, 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 juizes 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 (CAPPELLETTI, 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 (CAPPELLETTI, 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 (CAPPELLETTI, 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 (CAPPELLETTI, 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 (CAPPELLETTI, 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.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Eric. Droit Comparé. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do Direito Comparado. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.
- BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. José M. M. C. da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Ciência Política. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I. 6 ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado, o. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- _____. Jurisdicción constitucional de la libertad, la. Trad. Hector Fix-Zamundio. Cidade do México: Universidade do México, 1961.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. Sistemi Giuridici Comparati: Il metodo comparativo. Trad. Antonio Procida Mirabelli di Lauro. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.
- _____. Traité de Droit Comparé. Tome III: La Science des Droits Comparés. Paris: Economica, 1983.

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

- _____. Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CORNU, Gérard. Vocabulaire Juridique. 8 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- DANTAS, Ivo. Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.
- _____. Novo Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.
- DAVID, René. Direito Inglês, o. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. Grandes sistemas do Direito Contemporâneo, os. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EDER, Phanor J. Judicial Review in Latin America. Ohio State Law Journal, v. 21, 1960, pp.570-615.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1971.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Breves notas sobre el amparo latino-americano desde el Derecho Procesal Constitucional comparado. Dikaión: Lo Justo, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, p. 174-198.
- _____. Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ensayos sobre el Derecho de Amparo. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1993a.
- _____. Juicio de Amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán, el: breves reflexiones

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

- comparativas. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XXVI, n. 77, Cidade do México, mai./ago. 1993b, pp. 461-488.
- GOMES, Joaquim Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. Revista de Informação legislativa, Brasília, a. 40, n. 158, abr./jun. 1993, pp. 97-125.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- KELSEN, Hans. Garantía jurisdiccional de la Constitución, la: (la justicia constitucional). Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001.
- _____. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEGRAND, Pierre. Droit Comparé, Lc. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- LIJPHART, Arendt. Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- LIMA TORRADO, Jesús. Antecedentes normativos de los Derechos Humanos em la Baja Edad Media. Revista Direito UFMS, Campo Grande, Edição Especial, jan./jun. 2015, pp. 7-34.
- MACHADO, Luiz. Pequeno Dicionário Jurídico Alemão-Português. Rio de Janeiro: Sistema CLC, 1981.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. 4 ed. r ev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico: Português-Ingês, Ingês-Português. 8 ed. rev., atual. e

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela Iensue

ampl. São Paulo: Método, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995, pp. 87-102.

_____. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade, o: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008, pp. 257-276.

MENSKI, Werner. Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I: O Estado e os sistemas constitucionais. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI: Inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jose de Jesús. Derecho Constitucional Consuetudinario, el. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1993.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido Processo Substantivo: substantive due process. Florianópolis: Conceito, 2008.

PIZZOLO, Calogero. Las fórmulas sobre amparo em el Derecho Constitucional Latinoamericano: primer avance sobre su estudio y análisis comparativo. Dikaión: Lo Justo, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, ano 15, n. 10, p. 115-117.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sistemi Giuridici

Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa

Comparati. 2 ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

ROSENN, Keith S. Judicial Review in Latin America. Ohio State Law Journal, v. 35, 1974, pp.785-819.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SCHWABE, Jurgen; MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Berlin: Konrad-Adeunauer Stiftung E.V., 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Direito Processual Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERGOTTINI, Giuseppe De. Derecho Constitucional Comparado. Trad. Claudia Herrera. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 2004.

VERPEAUX, Michel; BONNARD, Maryvonne (orgs.). Le Conseil Constitutionnel. Paris: La Documentation Française, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law, An. Trad. Tony Weir. 3 ed. New York: Oxford University Press, 1998.

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 estabeledoras 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).