

O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado

José Guilherme Berman Corrêa Pinto*

1. Introdução

Nas primeiras lições ministradas nas faculdades de Direito sobre a temática do controle de constitucionalidade ensina-se que, dentre outras classificações, existem duas espécies quanto à forma do controle exercido, a saber: controle incidental e controle por via principal (ou ação direta). O foco deste artigo volta-se para a primeira modalidade citada.

A origem do controle incidental remonta à tradição jurídica estadunidense, na qual, desde o seu surgimento, no início do século XIX, o controle de constitucionalidade dos atos normativos foi sempre vinculado a um caso concreto em que ocorra violação a algum dispositivo constitucional¹. Na Europa, por influência direta da obra de Hans Kelsen², foram introduzidos Tribunais Constitucionais que funcionavam em linhas diferentes da Suprema Corte norte-americana, na medida em que os Tribunais do Velho Mundo foram concebidos com a finalidade de analisar a constitucionalidade de leis apenas em tese, exercendo o que se convencionou chamar de controle abstrato de constitucionalidade (ou por via de ação direta).

* Professor de Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá e Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: jgbcp@yahoo.com.br.

¹ A limitação decorre do artigo III, § 2º, da Constituição dos Estados Unidos, que restringe a atuação da Suprema Corte a casos e controvérsias (*cases and controversies*). A respeito da doutrina de “*case or controversy*”, v. NOWAK & ROTUNDA, 1995, p. 54 e ss.

² KELSEN, 2004, cap. 1.

Entretanto, o controle concreto de constitucionalidade não ficou restrito aos países diretamente influenciados pelo modelo estadunidense (como Canadá e Brasil, que adotou esta modalidade na sua primeira Constituição republicana, datada de 1891), espalhando-se ao redor do globo, inclusive nos países europeus vinculados ao modelo abstrato, geralmente concentrado em um único Tribunal Constitucional³. A principal razão para a difusão do controle concreto em outros países é, certamente, a sua maior proximidade dos casos concretos de violação aos direitos individuais constitucionalmente garantidos.

A proposta deste trabalho é justamente examinar em quatro estruturas distintas a forma como se dá o controle concreto de constitucionalidade, buscando uma exposição que permita mostrar a realização de tal controle, tanto em sistemas de *common law* (Canadá e Estados Unidos), nos quais o sistema foi criado e se desenvolveu por séculos, como em nações européias filiadas à tradição jurídica romano-germânica (Alemanha e Espanha), que o adotaram apenas há algumas décadas, mas que desenvolveram neste breve período relevante jurisprudência na matéria.

As quatro variáveis que serão analisadas dentro de cada uma das estruturas são: (i) fundamento normativo, que analisa qual a base legal ou constitucional do controle concreto naquele país; (ii) legitimidade ativa, que examina quais são os possíveis titulares do direito de acionar o controle concreto; (iii) admissibilidade do recurso, ou seja, quais são os requisitos para o conhecimento dos recursos pelos tribunais competentes; e (iv) efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em que se estuda a eficácia, tanto espacial quanto temporal, da decisão proferida no controle concreto.

Acredita-se que uma análise dos modelos alienígenas seja relevante especialmente para um país como o Brasil, no qual a jurisdição constitucional desenvolveu-se em um sistema híbrido, que permite tanto o controle difuso como o concentrado, ao mesmo tempo em que coexistem o controle exercido em casos concretos e aquele feito em abstrato. Como se verá, as experiências analisadas poderão contribuir para a de-

³ Interessante notar que a distinção entre controle difuso e controle concentrado não é necessariamente vinculada à distinção entre controle concreto e abstrato. Em resumo, controle difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer Tribunal e controle concentrado é aquele exclusivo da Corte Constitucional, pouco importando se o controle em questão é exercido por via de ação direta ou incidentalmente.

limitação do papel que um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte deva exercer na estrutura constitucional de dado país.

2. O controle concreto na *common law*

O controle de constitucionalidade em países de colonização inglesa, que herdaram deste antigo império um sistema jurídico baseado na tradição dos costumes e na força dos precedentes judiciais, em vez de uma extensa codificação das leis que regem a sociedade, é exercido de maneira diferente da que foi adotada na maior parte da Europa ocidental. Estados Unidos (nação que primeiro desenvolveu a jurisdição constitucional) e Canadá exemplificam bem tais diferenças. Em ambos os países vigora o sistema difuso, ou seja, todos os juízes da nação têm o direito e o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais. Não existe, assim, um contencioso especializado no direito constitucional. As Supremas Cortes dos gigantes da América do Norte são apenas o ápice da pirâmide jurídica, a cujas decisões todas as demais instâncias judiciais ficam atreladas, por força do efeito vinculante que seus precedentes possuem (*stare decisis*)⁴.

Além disso, como se verá adiante, o controle de constitucionalidade é exercido quase sempre em relação a um conflito real, ou seja, a inconstitucionalidade da norma não é verificada em abstrato, mas sim na apreciação de um caso concreto em que ela porventura tenha colidido com a Constituição. A análise do controle concreto nestas nações, portanto, abrange praticamente todo o controle de constitucionalidade de normas que nelas se exerce.

2.1 Estados Unidos

O controle de constitucionalidade é uma criação da teoria política estadunidense, tendo sido estabelecido naquele país antes de qualquer outro⁵. O principal precedente julgado pela Suprema Corte no estabelecimento da jurisdição constitucional foi o célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803⁶. A partir deste caso afirmou-se o poder da Suprema Corte de declarar nula a norma que colida com o texto da Constituição Federal. Entretanto, tal poder somente poderá ser exercido se a norma tida por inconstitucional violar direito constitucionalmente garantido

⁴ CAPPELLETTI, 1999, cap. 3.

⁵ *Idem*, pp. 45-49.

⁶ Sobre a decisão, v. BARROSO, 2004, pp. 3-10.

de algum cidadão, uma vez que, como visto (v. nota 1), a Suprema Corte somente pode se pronunciar na solução de um caso concreto.

A despeito da limitação natural dos casos de inconstitucionalidade que a Suprema Corte dos Estados Unidos pode apreciar (justamente por se limitar aos conflitos reais), o fato é que, desde o século XIX, seus pronunciamentos provocaram substanciais mudanças na sociedade norte-americana, e exerceram enorme influência na atuação de outros tribunais e cortes constitucionais ao redor do globo. Entretanto, a proeminente atuação da Suprema Corte e o impacto das suas decisões, aliados à forma de escolha de seus integrantes, não a deixa imune de críticas. Como aponta Michel Rosenfeld, a jurisdição constitucional estadunidense, paradoxalmente, possui uma atuação mais política – e, portanto, mais sujeita a críticas – do que a jurisdição européia⁷.

A Suprema Corte é composta atualmente por nove juízes (*justices*), muito embora este número já tenha variado bastante ao longo do tempo, e não há qualquer espécie de divisão em Câmaras ou Salas. Os membros são indicados pelo Presidente, com aprovação subsequente pelo Senado. As decisões são tomadas sempre pelo Plenário, sendo permitida a publicação de votos dissidentes.

a) Fundamento normativo

Como dito acima, o papel do Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade das normas legais foi implantado nos Estados Unidos por meio de uma rica construção doutrinária e jurisprudencial, desenvolvida a partir do início do século XIX⁸. Não existe fundamento legal expresso conferindo ao Judiciário o papel de intérprete supremo da Constituição. Foi a própria Suprema Corte estadunidense quem delimitou sua atuação como guardiã dos valores constitucionais, alcançando um papel central na democracia daquela nação.

A Suprema Corte é o único órgão de justiça, cuja implantação foi prevista pela Constituição dos Estados Unidos (artigo III). A criação dos demais órgãos jurisdicionais foi delegada pelo poder constituinte ao Congresso Nacional. Com relação à competência da Suprema Corte, o mesmo artigo III da Constituição estabelece que ela julgará todos

⁷ ROSENFELD, 2004, pp. 633-668.

⁸ O debate sobre a instalação do controle de constitucionalidade, na verdade, começou nas últimas décadas do século XVIII, nas Supremas Cortes estaduais, alcançando a Suprema Corte federal no começo do século XIX. Sobre o tema, v. KRAMER, 2001, pp. 33-60.

os casos que envolvam embaixadores, ministros e cônsules, bem como casos nos quais um estado seja parte. Atribuí, também, competência recursal para todos os demais casos julgados pelas cortes de hierarquia inferior, nos termos da legislação ordinária⁹.

Em alguns casos, a apreciação do recurso pela Suprema Corte é obrigatória, enquanto em outros ela possui um poder discricionário para decidir se analisa ou não a controvérsia colocada diante de si. Em relação aos primeiros, utiliza-se a expressão *appellate jurisdiction*, enquanto aos segundos chama-se *certiorari jurisdiction*. Ao longo da história, e especialmente depois de uma revisão feita em 1988, fortaleceu-se o controle discricionário (via *certiorari*), em detrimento do controle obrigatório, tido como um direito do jurisdicionado¹⁰.

b) Legitimidade ativa

A Suprema Corte dos Estados Unidos é o órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano. Inexistindo qualquer forma de controle abstrato da legislação, o acesso à sua jurisdição somente se dá através da apreciação de algum recurso processual ou do julgamento de causas, cuja competência seja originariamente a ela atribuída. A legitimidade ativa para acessar o controle concreto de constitucionalidade é, portanto, de qualquer litigante, seja ele pessoa física, jurídica ou ente governamental, que desafie a constitucionalidade de uma lei, cujo conteúdo entenda violar algum direito constitucionalmente garantido.

c) Admissibilidade

O acesso à Suprema Corte norte-americana é extremamente difícil, sendo submetido a óbices procedimentais e, ainda, quando buscado via *writ of certiorari* (o que engloba a enorme maioria dos casos), ao exame discricionário pelos membros da Corte sobre seu desejo de analisar ou não determinada controvérsia¹¹. O julgamento do pedido de *certiorari*

⁹ NOWAK & ROTUNDA, 1995, p. 22.

¹⁰ NOWAK & ROTUNDA, 1995, pp. 27-28. Destaca-se a seguinte passagem: “*As a result, virtually all review to the Supreme Court now occurs when the Supreme Court, in its discretion, decides to accept a case. The Court has almost complete control of its docket, with review by discretion, by certiorari.*”

¹¹ Os números referentes ao ano de 2003 dão dimensão da dificuldade de acesso à Suprema Corte: de um total de 7.814 casos ajuizados, apenas 91 tiveram o seu mérito examinado (dados obtidos em <http://www.supremecourtus.gov-publicinfo-year-end-2004year-endreport.pdf>, acesso em 06-08-2005).

é feito por todos os nove membros da Suprema Corte ao início dos trabalhos anuais. Embora não escrita, vigora uma tradição chamada “regra dos quatro”: se quatro dos nove membros da Suprema Corte quiserem examinar uma determinada causa, seu mérito será apreciado pela Corte¹². As causas julgadas pela Suprema Corte são questões que possuam interesse público relevante, independentemente da sua importância particular para as partes envolvidas. A decisão de conceder ou não o *certiorari* não necessita sequer de fundamentação¹³, servindo para uma verdadeira definição da agenda pública norte-americana.

Existem, ainda, óbices relacionados à doutrina de “*case or controversy*”, que podem impedir a apreciação da questão pela Suprema Corte. O primeiro deles é que a Corte não emite pareceres respondendo a questões formuladas abstratamente por órgãos executivos ou legislativos (vedação de *advisory opinions*). Além disso, a controvérsia deve ser real, e a decisão da Suprema Corte deve ter eficácia no momento em que for pronunciada. Esta característica, chamada nos Estados Unidos de *mootness*, está relacionada à necessidade de provimento jurisdicional, ou seja, se, por alguma razão, a decisão que se buscava anteriormente perder a utilidade para a parte reclamante (seja pela alteração da lei, seja pelo pagamento da obrigação que se buscava, por exemplo), o caso não será mais julgado¹⁴.

Outro requisito que se coloca para a apreciação da questão é que a causa esteja “madura” (*ripe*), isto é, não seja um julgamento prematuro ou abstrato. Esta situação seria o oposto do requisito analisado acima (*mootness*): enquanto ali o caso seria trazido ao conhecimento da Suprema Corte tarde demais (não existiria mais o interesse no provimento jurisdicional), aqui a questão seria levantada cedo demais (ainda não

¹² NOWAK & ROTUNDA, 1995, pp. 32-33.

¹³ *Idem*, pp. 28-29.

¹⁴ *Idem*, pp. 59-68. Este requisito, como notam os autores, muitas vezes é mitigado, como aconteceu no paradigmático caso *Roe v. Wade*. Naquela oportunidade, a corte decidiu pela inconstitucionalidade de leis que proibissem a prática do aborto. O caso de *Jane Roe*, que foi julgado pela Suprema Corte, seria em princípio *moot*, na medida em que a gestação da Autora já teria se encerrado há tempos. Porém, o recurso foi julgado, sob a alegação de que a recorrente poderia engravidar novamente e, mais uma vez, desejar abortar. De qualquer forma, o argumento não convence, uma vez que esta segunda possibilidade reflete um interesse hipotético, que também não poderia ser analisado, como se verá a seguir. O fato é que, em determinados casos, a regra é flexibilizada para evitar que questões importantes não deixem de ser julgadas pela Suprema Corte.

existiria tal interesse)¹⁵. Desta forma, não basta uma ameaça hipotética a algum direito, sendo necessária a efetiva violação do mesmo para que a questão possa ser analisada.

Com tais óbices à análise de questões constitucionais pela Suprema Corte, torna-se extremamente difícil para o cidadão comum conseguir acessar a jurisdição do principal tribunal de seu país. Desta forma, o que se pretende evitar é a apreciação, pela Suprema Corte, de questões políticas (*political questions*), que seriam temas afetos aos demais poderes governamentais¹⁶.

d) Efeitos

Muito embora a decisão da Suprema Corte seja tomada sempre em relação a um caso ou controvérsia concretos, não se pode dizer que a decisão opera efeitos apenas *inter partes*. Isto porque, no sistema de *common law*, que vigora nos Estados Unidos, os precedentes têm força vinculante (*stare decisis*). Desta forma, sendo a Suprema Corte a mais alta corte judiciária do país, predomina o entendimento de que suas decisões são tidas como vinculantes, não só para todas as cortes inferiores do Judiciário, mas também para as autoridades administrativas, inclusive o Presidente e o Congresso. A interpretação dos preceitos constitucionais fornecida pela Suprema Corte, portanto, é considerada definitiva, não sendo submetida a qualquer espécie de controle.

Este tema, no entanto, provoca intensa polêmica na doutrina estadunidense. Por exemplo, Edwin Meese, Procurador Geral no governo Reagan, defendeu que a Constituição dos Estados Unidos vincularia os três poderes igualmente. Desta forma, o Presidente e o Congresso não estariam limitados pela interpretação fornecida pela Suprema Corte. A limitação decorreria expressamente do texto constitucional, mas o Judiciário não seria um intérprete mais autorizado que os demais poderes, questionando-se, assim, o que se convencionou chamar *judicial supremacy*¹⁷.

Outro constitucionalista americano, Stephen M. Griffin, destaca que a supremacia judicial foi uma característica que se desenvolveu ao longo do século XX, não fazendo parte da concepção de *judicial review*

¹⁵ *Idem*, pp. 68-70.

¹⁶ Sobre o conceito de questões políticas, v. SAMPAIO, 2002, caps. IV e V.

¹⁷ MEESE, 1987, *apud* ROSENFELD, 2004, pp. 637-638. Sobre o tema, v. também KRAMER, 2001, p. 4.

que vigorava à época de seu aparecimento, em *Marbury v. Madison*¹⁸. Sua afirmação pela Suprema Corte deu-se em 1958, no caso *Cooper v. Aaron*, no qual se estabeleceu que “*the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*”¹⁹. Após este julgamento, a doutrina da supremacia judicial passou a ter amplo apoio na teoria constitucional e na sociedade americanas²⁰, muito embora não se possa dizer que isenta de críticas. O que se constata, no atual momento, é que a Suprema Corte ampliou este conceito, passando a reconhecer a sua interpretação como a única possível. Assim, sua leitura do texto constitucional não apenas sobrepõe-se àquela realizada pelos demais órgãos, inibindo que estes possam sequer fazer qualquer interpretação diferente daquela²¹.

Com relação à eficácia temporal da decisão que declara uma norma inconstitucional, pode-se dizer que a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos tem o condão de declará-la nula desde a sua origem, não podendo mais ser aplicada a nenhum caso dali por diante e, ainda, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Entretanto, este entendimento é aplicado em sua plenitude apenas para as partes envolvidas no caso julgado pela Suprema Corte. Com relação a terceiros, o entendimento adotado é o de que pode haver a mitigação da retroatividade. O caso que definiu esta postura foi *Linkletter v. Walker*, no qual o recorrente pedia a revisão da sua condenação criminal com base na proibição de prova ilícita, que fora estabelecida em outro caso, *Mapp v. Ohio*, julgado após sua condenação. Entretanto, a Suprema Corte optou por limitar o efeito retroativo de tal proibição, alegando poder analisar as

¹⁸ GRIFFIN, 2003.

¹⁹ 358 US I, 1958.

²⁰ O próprio Edwin Meese, citado acima (v. nota 13), recuou em seu entendimento diante das críticas. V. MEESE, 1986, *apud* KRAMER, 2001, p. 6. Para uma defesa da supremacia judicial, v. SCHAUER & ALEXANDER, 1997.

²¹ FRIEDMAN, 2004, pp. 149-174. Neste artigo, o autor salienta que as críticas ao *judicial review* nos Estados Unidos são, em geral, focadas no caráter antidemocrático que o Judiciário exerce ao anular atos aprovados pelos representantes do povo. Desta maneira, é natural que partam quase sempre dos grupos políticos que encontrem maior ressonância de suas propostas nos Poderes Legislativo e Executivo do que no Judiciário. Com efeito, ao longo da história, os primeiros críticos ao *judicial review* eram os liberais, que questionavam a atuação de um Poder Judiciário ligado aos conservadores. Com a Corte de Warren, que protagonizou um período de intenso ativismo judicial em favor de direitos individuais defendidos pelos liberais, foi a vez dos conservadores atacarem tal postura, acusando-a de criar um governo de juízes. No atual momento, o ciclo se completa: confrontando-se com uma composição conservadora na Suprema Corte, determinada a superar o legado da era Warren, são os liberais que criticam sua atuação.

vantagens e desvantagens desse efeito diante do caso concreto, recusando-se a conceder a revisão pretendida pelo recorrente²².

2.2 Canadá

A Suprema Corte canadense foi criada por um ato do Parlamento de 1875, possui nove membros e é a mais alta instância do Judiciário naquela nação. Tem competência para julgar em última instância apelos provenientes de três fontes: (i) recursos de decisões proferidas pelas cortes recursais provinciais ou pela Corte Federal de Recursos (*Federal Court of Appeal*), em que a própria Suprema Corte deve conceder previamente a chamada “licença para apelar” (*leave to appeal*), que é um instituto semelhante ao *certiorari* estadunidense; (ii) recursos nos quais não é necessária a obtenção de *leave to appeal* para que a Suprema Corte os aprecie, constituídos em sua maioria por casos criminais, controvérsias entre o Governo Federal e uma Província, ou entre mais de uma Província, ou ainda casos em que a licença é concedida pela Corte Provincial ou pela Corte Federal de Recursos²³; e (iii) submissão de questão pelo Governo Federal para emissão de opinião pela Suprema Corte. Como nos Estados Unidos, a tendência histórica no Canadá é no sentido de se fortalecer o controle discricionário (via *leave to appeal*), em detrimento da competência recursal obrigatória, como ocorreu na reforma de 1975²⁴.

O controle de constitucionalidade no Canadá é exercido principalmente nos casos concretos, como nos Estados Unidos. Entretanto, existe a possibilidade de submissão de questões constitucionais pelo Poder Executivo para que a Suprema Corte emita um parecer (que não possui conteúdo decisório), o que é uma importante distinção entre as duas cortes em questão. Admite-se, no Canadá, a emissão de *advisory opinion*, como forma de aconselhamento ao Poder Executivo. Tais pronunciamentos não são proferidos em litígios concretos e sequer possuem força vinculante, muito embora a opinião da Suprema Corte seja bastante respeitada pelos outros poderes. O procedimento é disciplinado pelo

²² SARMENTO, 2001, pp. 9-45.

²³ Artigos 35 a 38, Supreme Court Act.

²⁴ FLEMMING & KRUTZ, 2002, pp. 811-833. Destaca-se o seguinte trecho: “*With this amendment, applications for leave to appeal became the primary route to the Supreme Court’s agenda. For the first time in its history, the Court had control over the kinds of cases it wished to hear, and the 1975 amendment, analogous to the Judges’ Bill of 1925 in the United States, provides the Canadian court with ample discretion to set its own agenda.*”

artigo 53 do *Supreme Court Act*, que prevê a possibilidade de submissão de questões atinentes à interpretação de normas constitucionais, constitucionalidade ou interpretação de normas provinciais ou federais, jurisdição recursal sobre matéria educacional ou sobre os poderes do Parlamento federal ou provincial ou de seus respectivos governos.

A relevância da jurisdição constitucional canadense teve um crescimento exponencial a partir de 1982, ano em que houve a repatriação (*patriation*) da Constituição. Naquela ocasião, foi aprovada, junto com o novo documento constitucional (*Constitution Act, 1982*)²⁵, uma extensa Carta de Direitos e Liberdades. A partir daquele momento, a Suprema Corte canadense tornou-se uma das mais ativas do mundo, tendo proferido decisões que são atualmente referência no direito constitucional comparado global²⁶.

a) Fundamento normativo

A base jurídica para a competência recursal da Suprema Corte canadense encontra-se no *Supreme Court Act*, editado pelo Parlamento canadense. A disciplina específica da jurisdição recursal daquela Corte é dada pelos artigos 35 a 43 do texto normativo citado. Cabe destacar que a Suprema Corte canadense não foi criada pela Constituição de 1867, mas sim, como visto, por um ato do parlamento de 1875, o que explica a ausência de referências no texto constitucional àquele tribunal.

b) Legitimidade ativa

Como nos Estados Unidos, a legitimidade ativa para o acesso ao controle concreto de constitucionalidade cabe, primeiramente, às partes litigantes em um caso submetido ao Judiciário canadense, sejam elas cidadãos, entidades governamentais ou pessoas jurídicas. Apenas na hipótese de consulta em abstrato, prevista no artigo 53 do *Supreme Court Act*, a legitimidade para acessar a Suprema Corte é restrita ao Poder Executivo.

²⁵ A Constituição canadense não está reunida em um único ato normativo. Na verdade, são diversos atos, parte deles aprovado pelo Parlamento canadense a parte pelo Parlamento britânico, já que, até 1982, as leis canadenses deveriam ser ratificadas na sede do império.

²⁶ O site <http://www.canlii.org-ca-com-chart-index.html> contém diversas decisões relacionadas à Carta de Direitos e Liberdades canadense comentadas.

c) Admissibilidade

Desde a emenda de 1975, a principal via de acesso dos recursos processuais à Suprema Corte do Canadá dá-se por meio da concessão do “*leave to appeal*”, instituto semelhante ao *certiorari* estadunidense. Entretanto, há diferenças relevantes entre os dois institutos.

O artigo 40 (1) do *Supreme Court Act* estabelece que a “permissão para apelar” será concedida se a própria Suprema Corte entender que alguma questão envolvida no caso concreto seja de importância pública, ou que alguma matéria de direito ou de fato e direito envolvida seja tão relevante a ponto de merecer a apreciação da Suprema Corte²⁷.

Embora a Suprema Corte do Canadá seja composta por nove membros, a análise dos pedidos de “*leave to appeal*” é feita por painéis de três juízes, cujas composições são alteradas pelo *Chief Justice* a cada ano. Esta estruturação torna difícil para os juízes da Suprema Corte conhecerem o comportamento dos seus colegas na concessão do *leave to appeal*, inibindo o que a doutrina chama de “comportamento estratégico” neste tipo de decisão²⁸.

Além das dificuldades colocadas por uma avaliação discricionária da Corte acerca da admissibilidade ou não de determinado recurso constitucional, os Poderes Legislativos provinciais dispõem de um mecanismo que lhes permite evitar a apreciação pelo Judiciário de determinada norma por eles aprovada. Isto se dá por meio da chamada “cláusula não-obstante” (*notwithstanding*). O instituto está previsto no artigo 33 do *Constitution Act*, 1982, e permite ao legislativo provincial aprovar uma determinada lei, não obstante a sua contradição com a Carta de Direitos e Liberdades. Há, contudo, uma limitação temporal de 5 (cinco) anos (ou um prazo inferior estabelecido pelo legislativo) para a vigência de tal cláusula, podendo haver prorrogação deste prazo. Alguns temas não podem ser objeto desta objeção parlamentar, como

²⁷ Supreme Court Act, art. 40 (1): “*Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.*”

²⁸ FLEMMING; KRUTZ & SCHWANK, 1999.

direitos democráticos, direito de livre locomoção, direitos de linguagem e igualdade sexual. Porém, importantes matérias, tais como liberdade de consciência, religião, expressão ou associação, podem ser suprimidas ou limitadas por meio de tal mecanismo.

O instituto foi imaginado pelos constituintes canadenses como algo que teria um alto custo político se utilizado, o que deveria levar a uma aplicação moderada. A província de Manitoba, por exemplo, declarou que jamais faria uso do mesmo²⁹. De fato, o instituto foi utilizado poucas vezes, e, após sua aplicação em uma polêmica atitude do governo de Québec, passou a ter sua legitimidade bastante questionada pela doutrina³⁰.

d) Efeitos

Assim como ocorre nos Estados Unidos, no Canadá a Suprema Corte é o ápice do ordenamento jurídico, e suas decisões são vinculantes para todos os tribunais inferiores (art. 52, *Supreme Court Act*), bem como para os poderes Executivo e Legislativo. Um dado interessante é que a Constituição e o legislador canadense parecem ter tido uma preocupação maior em criar mecanismos que permitam um forte diálogo entre o Poder Judiciário e os demais ramos do governo, evitando, assim, que o *judicial review* torne-se *judicial supremacy*. Isto significa que a interpretação que a Suprema Corte faz do texto constitucional não é a única possível, devendo ser respeitada a leitura que os demais Poderes realizarem. Apenas em caso de dúvida, caberá à Suprema Corte pronunciar a última palavra sobre a matéria, sem desconsiderar a posição dos demais atores políticos³¹.

2.3 Comparação entre os dois países

Comparando-se as formas de controle de constitucionalidade existentes no Canadá e nos Estados Unidos, percebem-se algumas semelhanças, decorrentes do sistema de *common law* predominante nas duas nações, mas também relevantes diferenças.

Em ambos a funcionalidade do controle depende do sistema de vinculação dos precedentes judiciais (*stare decisis*), fazendo com que

²⁹ FIELD, 1999, pp. 793-803.

³⁰ Em dezembro de 1988, a província de Québec decidiu aplicar a cláusula não-obstante a uma lei (lei nº 178) que obrigava todas as propagandas publicitárias externas a serem redigidas apenas na língua francesa. CHOUDHRY, 2003, pp. 379-403.

³¹ Sobre o tema, v. KRAMER, 2001.

decisões proferidas no julgamento de um litígio concreto alcancem repercussão em toda a sociedade e na esfera governamental. Da mesma maneira, existe um amplo debate sobre ativismo judicial nos dois países, sendo que no Canadá o mesmo só passou a existir após a aprovação da Carta de Direitos e Liberdades de 1982. Também coincide uma tendência histórica a conferir poder discricionário para as Supremas Cortes de ambos os países decidirem os casos que irão julgar.

Analisando-se as duas estruturas, pode-se concluir que o constituinte canadense teve uma preocupação maior em estabelecer uma inter-relação entre os diferentes Poderes. Prova disso são a possibilidade de assessoramento ao executivo por meio das *advisory opinions* emitidas pela Suprema Corte canadense e a instituição de um mecanismo de superação das suas regras pelo Poder Legislativo. A intenção é a de que seja fortalecido o diálogo entre os Poderes para que se tenha a definição do real conteúdo do texto constitucional, evitando-se um monopólio na interpretação do texto por parte, especialmente, do Poder Judiciário. Tal preocupação não deve ser vista como mera coincidência, na medida em que a jurisdição constitucional estadunidense é bem mais antiga, tendo exercido forte influência sobre a canadense. Assim, parece que os canadenses, conhecendo bem o sistema estabelecido nos Estados Unidos, buscaram evitar os constantes conflitos entre órgãos e as conseqüentes críticas à atuação do Judiciário, tentando implantar maior diálogo e cooperação entre os poderes.

3. O controle concreto na tradição romano-germânica

O modelo de controle de constitucionalidade adotado na maior parte da Europa ocidental (e mesmo na oriental, após a queda do Muro de Berlim) não foi inspirado no *judicial review* estadunidense. No Velho Mundo prevaleceram as idéias de Hans Kelsen, criador do Tribunal Constitucional austríaco de 1920, o primeiro estabelecido na Europa, e que preferiu não adotar o controle difuso de constitucionalidade. Esta opção é explicada por Capelletti³², com base na ausência do chamado *stare decisis*, ou seja, da vinculação ao precedente, nos países de tradição civilista, o que provocaria o inconveniente de Tribunais distintos adotarem entendimentos incompatíveis sobre a constitucionalidade ou não de determinadas normas, gerando enorme insegurança jurídica. Adotou-se, assim, um modelo dito concentrado de controle de cons-

³² CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-80.

titucionalidade, no qual uma única Corte teria o poder de invalidar atos legislativos, tendo a sua decisão força para anular as leis que se mostrassem incompatíveis com a Constituição. O juiz constitucional funcionaria, portanto, como um legislador negativo.

Originalmente, as Cortes europeias, seguindo a fórmula idealizada por Kelsen, exerciam o controle de constitucionalidade apenas de leis em tese, ou seja, por meio do controle abstrato. Com o passar do tempo, entretanto, foram sendo introduzidas formas de controle concreto, sem que isso importasse no fim do controle concentrado. Hoje esta possibilidade existe quase que na totalidade dos países europeus que possuem Tribunais Constitucionais, inclusive na Áustria, berço do modelo abstrato, que somente começou a analisar recursos individuais (casos concretos) em 1975³³.

3.1 Alemanha

Apesar de a Lei Fundamental alemã ser datada de 1949, apenas dois anos depois o Tribunal Constitucional foi criado, por um ato do legislador ordinário. Suas competências estão previstas no artigo 93 da Lei Fundamental alemã, e incluem, no que tange ao controle de constitucionalidade, a fiscalização abstrata e concreta das normas federais e estaduais (dos *Länder*)³⁴. O Tribunal Constitucional é composto por 16 membros, divididos em 2 Senados (ou Salas) com 8 membros cada.

O controle abstrato pode ser provocado pelo Governo Federal, pelo governo de um *Land* ou por um terço do Parlamento. Já o controle provocado pelo julgamento de um caso concreto pode se dar de duas maneiras: a primeira delas ocorre quando o Tribunal encarregado de julgar determinada questão entenda que uma determinada lei, aplicável àquele caso, é inconstitucional; a outra possibilidade é aberta a todos os cidadãos alemães e consiste no recurso constitucional.

a) Fundamento normativo

A jurisdição constitucional alemã é sempre concentrada no Tribunal Constitucional, seja ela exercida de maneira abstrata ou concreta. Não existe, portanto, controle difuso de constitucionalidade (a exceção a esta regra é a proteção aos direitos fundamentais, que deve ser reali-

³³ FAVOREU, 2004, p. 50.

³⁴ MENDES, 2004.

zada por todos os juízes alemães). Com relação ao controle surgido a partir de casos concretos, objeto de nosso exame, este pode aparecer de duas maneiras distintas. A primeira delas trata do caso em que o Tribunal Constitucional é provocado a partir de uma questão surgida na análise de um litígio concreto. Se um tribunal inferior entender que uma determinada lei, aplicável na resolução de um caso concreto, é inconstitucional, ele deve fazer a remessa dos autos ao Tribunal Constitucional, para que este resolva apenas a matéria de índole constitucional, e devolva o feito para ser decidido em sua instância originária, respeitando-se a decisão proferida pela corte superior. O fundamento normativo desta espécie de controle incidental encontra-se no artigo 100 (1) da Lei Fundamental.

Porém, diz-se que esta espécie não é classificada como propriamente controle concreto, já que o Tribunal Constitucional não decide sobre a constitucionalidade ou não da norma em relação àquele caso específico, analisando apenas se ela, em abstrato, é compatível com a Lei Fundamental. Independentemente da sua decisão, o processo é devolvido para o tribunal originário, que deverá julgá-lo de acordo com a orientação dada pelo Tribunal Constitucional³⁵.

O controle concreto por excelência, na jurisprudência constitucional alemã, é exercido na apreciação do recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*). O fundamento normativo original desse recurso residia no § 93 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, tendo sido incorporado à Lei Fundamental, em seu art. 93 (1), alíneas 4a e 4b, por meio de emenda datada de 1969, que contou para sua aprovação com o apoio de todas as lideranças políticas do país³⁶.

b) Legitimidade ativa

A legitimidade ativa para a propositura do recurso constitucional é de qualquer pessoa, incluindo-se neste conceito todas as pessoas naturais e jurídicas alemãs (muito embora exista jurisprudência permitindo a apreciação de recurso interposto por corporação estrangeira acerca do direito a um julgamento justo³⁷), não havendo sequer necessidade de representação por advogado. O artigo 93 (1), 4b permite também aos municípios e associações de municípios ajuizarem recursos constitucionais contra lei federal que viole sua autonomia administrativa.

³⁵ Neste sentido, ROGEIRO, 1996, pp. 217-218.

³⁶ KOMERS, 1997, pp. 14-15.

³⁷ KOMERS, 1997, 14-15.

A amplitude da legitimidade ativa para a propositura do recurso constitucional faz com que seu julgamento seja a principal atividade do Tribunal Constitucional alemão, respondendo por aproximadamente 97% de todas as causas julgadas pela corte³⁸. Como afirma a atual presidente do Tribunal Constitucional, “*el recurso constitucional convierte a los ciudadanos y ciudadanas en guardianes de la Ley Fundamental*”³⁹. No mesmo sentido, Peter Häberle considera que esta competência transforma o Tribunal Constitucional em um “Tribunal Cidadão”⁴⁰.

c) Admissibilidade

Primeiramente, para o conhecimento do recurso constitucional é preciso que a violação a direito individual fundamental seja causada pelo Poder Público⁴¹. Além disso, o direito violado deve ser um daqueles previstos no Título I da Lei Fundamental (dignidade da pessoa humana, direitos e liberdades gerais, igualdade perante a lei, liberdade de crença, culto ou consciência, liberdade de expressão e de imprensa, entre outros – v. arts. 1º a 19 da Lei Fundamental), ou ainda aqueles previstos nos artigos 33 (direitos cívicos), 38 (direito de voto), 101 (vedação a tribunais de exceção), 103 (direitos fundamentais do réu) ou 104 (garantias jurídicas dos presos), conforme estabelecido pelo art. 93 (1) 1ª, da Lei Fundamental e pelo § 90 (1), da Lei do Tribunal Constitucional. Importante observar que o catálogo de direitos fundamentais contido na Lei Fundamental não deve ser visto como exaustivo, já que a jurisprudência do Tribunal Constitucional entende que os direitos fundamentais formam uma ordem objetiva de valores, devendo ser interpretados para maior proteção da dignidade da pessoa humana e o seu livre desenvolvimento⁴².

É preciso, ainda, que as vias judiciais ordinárias tenham sido esgotadas antes do ajuizamento do recurso constitucional, por força do § 90 (2) da Lei do Tribunal Constitucional. Entretanto, o mesmo dispositivo legal permite que, em caso de transcendência geral (grande repercussão), ou de perigo de dano grave e inevitável para o recorrente,

³⁸ LIMBACH, 2000, pp. 67-89.

³⁹ LIMBACH, 2000, p. 68.

⁴⁰ HÄBERLE, 1997, pp. 225-282.

⁴¹ Para o conhecimento de recursos constitucionais que versem sobre violações a direitos fundamentais causadas por particulares, o Tribunal Constitucional alemão adota a tese da eficácia mediata, que será melhor explicada na parte referente à doutrina espanhola, *infra*.

⁴² FAVOREU, 2004, p. 70.

o Tribunal Constitucional poderá conhecer do recurso antes de se esgotarem as instâncias inferiores.

A ampla utilização do recurso constitucional na sociedade alemã, e o conseqüente aumento exponencial de casos apreciados pelo Tribunal Constitucional, causa preocupação nos doutrinadores e juízes daquele país⁴³. Para tentar amenizar a crise, a partir de 1985 o procedimento de seleção dos recursos individuais foi alterado, permitindo-se sua apreciação por seções de 3 juízes⁴⁴. A decisão é irrecorrível e não necessita de motivação, mas deve ser tomada por unanimidade⁴⁵. A grande maioria dos recursos não ultrapassa esta seleção, como exemplifica o ano de 1996, no qual apenas 2,7% dos recursos impetrados foram providos⁴⁶.

d) Efeitos

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Tribunal Constitucional alemão torna a referida norma nula (total ou parcialmente). Tal decisão, por declarar a nulidade da norma desde a sua origem, opera, em tese, efeitos retroativos. Esta é a previsão genérica, que consta do § 78 da Lei do Tribunal Constitucional. Entretanto, desde a sua origem, o Tribunal adota diversos outros tipos de decisão, procurando minimizar o efeito da retirada da ordem jurídica de uma norma que durante algum tempo foi tida como válida e aplicável, gerando efeitos concretos na sociedade.

A primeira destas técnicas é a declaração parcial de nulidade qualitativa (ou sem redução de texto), que se refere a uma constelação de casos não previstos no texto normativo. Não há modificação no texto legal, apenas excluem-se determinadas situações não indicadas expressamente pelo legislador nas quais a norma não será constitucional, havendo uma redução do âmbito de aplicação da norma, mas não a sua invalidação.

⁴³ Esta preocupação pode ser notada na leitura de LIMBACH, 1999, pp. 127-150. A primeira, no entanto, faz importante advertência: *“Hay que prevenirse de una recepción incondicional del procedimiento de certiorari ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Dejar al libre arbitrio de las y los jueces la selección de los recursos constitucionales dignos de resolución, sin sujetarla a ningún criterio, seguramente no encontraría aceptación en la opinión pública. Por un lado, la Suprema Corte de los Estados Unidos no es específicamente tribunal constitucional, sino, en primer término, un tribunal de apelación en relación con el cual podrían resultar razonables tales posibilidades de restricción. Por otro lado, toda recepción tiene que tomar en cuenta el diverso entorno normativo y la diversa cultura jurídica.”*

⁴⁴ FAVOREU, p. 69.

⁴⁵ HÄBERLE, 1997, p. 266.

⁴⁶ LIMBACH, 2000, p. 68.

Outra técnica adotada pelo Tribunal Constitucional é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, que ocorre quando, apesar de existir inconstitucionalidade no caso, o Tribunal Constitucional não declara a nulidade da norma. A norma, apesar de inconstitucional, permanece sendo válida e eficaz. Em geral, é aplicada nos casos em que existe um benefício incompatível com o princípio da igualdade, e não cabe ao Tribunal decidir pela supressão do benefício ou pela inclusão dos grupos excluídos (por razões orçamentárias). Outro argumento para a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é baseado nas conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, ou seja, casos em que a retirada de certa norma do ordenamento jurídico provocaria uma “lacuna jurídica ameaçadora”. A declaração de nulidade levaria a uma minimização, e não otimização, da vontade constitucional (ex: vencimentos dos funcionários públicos). A simples declaração de nulidade não resolveria o problema, ao revés, o agravaria.

Outra criação da jurisprudência constitucional alemã é a “interpretação conforme à Constituição”, hipótese na qual o Tribunal Constitucional declara qual dentre diversas possíveis interpretações revela-se compatível com a Lei Fundamental.

Por fim, em casos nos quais uma norma ainda não seja inconstitucional, mas apresente uma inevitável tendência a, futuramente, violar a Lei Fundamental (seja por alteração das relações fáticas existentes, seja pelas relações jurídicas, como, por exemplo, mutações constitucionais), o Tribunal recorre a uma técnica chamada “apelo ao legislador”. Com esta decisão, o Tribunal não declara a inconstitucionalidade da lei, mas exorta o Poder Legislativo a promulgar outra norma, em substituição àquela que tende a se inconstitucionalizar, podendo, inclusive, fixar prazo para tanto⁴⁷.

Independentemente da modalidade adotada no caso específico, as decisões do Tribunal Constitucional, sejam elas proferidas em sede de controle abstrato de normas, ou no julgamento de recursos constitucionais (quando declarar a inconstitucionalidade de certa lei), são vinculantes para os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados Federados e para todos os tribunais e autoridades públicas (§ 31 (1) da Lei do Tribunal Constitucional), tendo ainda força de lei e sendo

⁴⁷ Sobre todas as técnicas de decisão aqui mencionadas, v. MENDES, Gilmar, 2004, pp. 223-286 e, mais resumidamente, FAVOREU, pp. 71-72.

publicadas no Boletim Oficial do Estado (§ 31 (2) da Lei do Tribunal Constitucional).

3.2 Espanha

A jurisdição constitucional espanhola é recente, foi prevista na Constituição de 1978⁴⁸ e seu Tribunal Constitucional foi efetivamente instalado em 1980⁴⁹. O Tribunal é composto por 12 membros, com indicações divididas entre o Congresso (4 membros), o Senado (também 4), o Executivo (2 membros) e o Conselho Geral do Poder Judiciário (também 2), com mandatos de nove anos, como prevê o artigo 159 da Constituição espanhola. A composição do Tribunal é dividida em 2 Salas, com 6 membros em cada.

Entre as competências do Tribunal Constitucional espanhol, definidas no artigo 161 da Constituição, estão: (i) a de efetuar o controle abstrato de normas, por via de recurso de inconstitucionalidade; (ii) julgar o recurso de amparo, que será analisado mais adiante; e (iii) resolver os conflitos de competência federativos.

a) Fundamento Normativo

O recurso de amparo é o principal instrumento de proteção aos direitos fundamentais na Espanha, estando previsto no artigo 161, b, da Constituição de 1978 e regulamentado em detalhes pelo Título III da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que é de 1979. O capítulo da Constituição referente às garantias das liberdades e direitos fundamentais também faz menção ao instituto (artigo 53, 2).

b) Legitimidade ativa

Podem interpor o recurso de amparo, nos termo do artigo 162, 1, b, da Constituição espanhola, “toda pessoa natural jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Público”. Esta legitimidade ativa é reproduzida pelo artigo 46 da Lei do Tribunal Constitucional.

⁴⁸ SEGADO, 1997, pp. 625-709. O autor destaca que a Constituição de 1931 criou um Tribunal de Garantias Constitucionais, que deveria fazer as vezes de Tribunal Constitucional. Entretanto, sua atuação sempre foi praticamente irrelevante, como se percebe da seguinte passagem destacada: “*El Tribunal de Garantías Constitucionales jugo un papel más bien muy secundario en el marco constitucional diseñado en 1931. Ni supo mantener su autoridad en el orden jurídico, ni fue respetado por los partidos. Sus decisiones fueron tachadas como políticas y en ocasiones ni tan siquiera fueron respetadas*” (p. 630).

⁴⁹ FAVOREU, 2004, p. 103.

c) Admissibilidade

O recurso de amparo destina-se à proteção dos direitos fundamentais enumerados nos artigos 14 a 30 da Constituição (artigo 161, 1, b c/ c artigo 53, 2, ambos da Constituição espanhola). Este catálogo inclui a igualdade perante a lei, integridade física e moral, liberdade (inclusive de expressão), honra, entre outros.

É preciso, de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (artigo 43, § 1º), que o ato lesivo tenha sido praticado por autoridade pública. Entretanto, esta limitação é contestada pela doutrina, que defende a eficácia dos direitos fundamentais também na relação entre os particulares e, conseqüentemente, a extensão do recurso de amparo para estes casos⁵⁰. Na jurisprudência, a tendência seguida pelo Tribunal Constitucional espanhol, seguindo a jurisprudência teutônica, é a de reconhecer a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵¹. Segundo este entendimento, uma violação de direitos fundamentais causada por um particular numa relação com outro particular pode ser objeto de proteção pelas vias jurisdicionais ordinárias. Caso o juiz encarregado de decidir aquele litígio não elimine a violação ao direito fundamental, ele estará violando este direito e, sendo o juiz autoridade pública, estará aberta a via para o recurso de amparo. A solução, no entanto, não é satisfatória, pois ignora a efetiva violação ao direito fundamental perpetrada por um particular (e não pelo juiz), bem como por desnaturar o próprio conceito de direito fundamental, que deixa de ser um direito público subjetivo, para ser um mero interesse ocasionalmente amparado⁵².

O prazo para interposição do recurso é de vinte dias. Incluem-se no conceito de ato lesivo as decisões judiciais, embora não se admita amparo contra lei em tese. É necessário, ainda, que sejam esgotadas as vias judiciais aptas a impugnar o ato (art. 44, a, da Lei do Tribunal Constitucional), e que a matéria constitucional tenha sido invocada durante o curso do procedimento, ou seja, que tenha havido o pré-questionamento da matéria (art. 44, c, da Lei do Tribunal Constitucional).

⁵⁰ GARCIA, 1992. Para o eminente constitucionalista espanhol, a restrição da possibilidade de violação aos direitos fundamentais apenas pelo Poder Público reflete a teoria liberal que vislumbra tais direitos apenas em sua perspectiva negativa, e ignora as relações de dominação existentes em uma sociedade corporativista. No mesmo sentido, v. SEGADO, 1997, pp. 680-683.

⁵¹ LUÑO, 1995, pp. 89-90.

⁵² SEGADO, 1997, pp. 682-683. No mesmo sentido, LUÑO, 1995, pp. 23 e 67.

Como ocorre na Alemanha com o recurso constitucional, também na Espanha o recurso de amparo responde pela grande maioria das causas decididas pelo Tribunal Constitucional. No ano de 2003, por exemplo, de um total de 7.878 julgamentos, 7.721 referiam-se a recursos de amparo⁵³. Existe uma filtragem prévia no Tribunal, realizada pelas Salas, que acaba impedindo o prosseguimento da maioria dos recursos (entre 1980 e 1994, de um total de 28.247 recursos apresentados, 23.578 foram bloqueados por esta filtragem⁵⁴).

d) Efeitos

A concessão do amparo pelo Tribunal Constitucional tem o condão de preservar ou restabelecer os direitos e liberdades porventura violados, declarando a nulidade da decisão, ato ou resolução impugnados (artigo 55, § 1, Lei do Tribunal Constitucional). Busca-se apenas restaurar o status quo ante, possuindo, portanto, efeitos inter partes. Entretanto, caso algum dispositivo normativo lesione direitos fundamentais ou liberdades públicas, a Sala que julgou o recurso deverá levar a questão ao Pleno do Tribunal, que decidirá em uma nova sentença se a lei em questão é inconstitucional, aplicando, neste caso, os efeitos previstos para o controle abstrato de normas, ou seja, nulidade da lei (art. 55, 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).

As decisões proferidas no controle concreto têm a mesma autoridade de coisa julgada, impondo-se aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas.

3.3. Comparação entre os dois países

Os sistemas alemão e espanhol de controle concreto de constitucionalidade são bastante parecidos. Ambos dispõem do instituto do recurso constitucional (na Espanha chamado Recurso de Amparo), cuja legitimidade para propositura é bastante ampla e visa a proteção dos direitos fundamentais garantidos por suas respectivas constituições. Da mesma forma, ambos os países procuram filtrar a grande demanda de recursos constitucionais, estabelecendo mecanismos simplificados que diminuam a carga de trabalho dos Tribunais, muito embora não exista discricionariedade (ao menos em tese) na decisão de admitir ou não tais recursos.

⁵³ Dados disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.es-naturaleza.htm>. Acesso em 1º de junho de 2005.

⁵⁴ FAVOREU, 2004, pp. 107-108.

Uma diferença relevante entre eles é que, enquanto na Alemanha não se diferenciam os efeitos da decisão proferida em processo de controle abstrato e concreto, na Espanha a decisão proferida no processo de controle concreto, em regra, só provoca efeitos inter partes. Entretanto, caso tal decisão questione a constitucionalidade de diploma legal, o caso deve ser levado ao Pleno do Tribunal para julgamento, possuindo esta segunda decisão efeitos erga omnes. Em ambos os países se reconhece um caráter duplo do recurso constitucional: por um lado, existe a natureza subjetiva, de proteção aos direitos individuais; por outro, a natureza objetiva, que transforma o cidadão no guardião da Constituição.

4. Conclusão

Qualquer comparação entre os sistemas de controle de constitucionalidade existentes em países de *common law* e países filiados à tradição romano-germânica deve levar em conta as peculiaridades dos dois sistemas, atentando-se para não cair na armadilha do sincretismo metodológico.

Em primeiro lugar, é fundamental ter em mente que o sistema estabelecido nos dois países da América do Norte aqui estudados dependem, para seu funcionamento, da vinculação aos precedentes julgados pelas respectivas Supremas Cortes. Assim, muito embora o controle de constitucionalidade seja exercido somente em casos concretos, seus efeitos não são estabelecidos apenas inter partes. Ao contrário, suas decisões têm enorme repercussão na sociedade. Da mesma forma, ambos os países dispõem de mecanismos de filtragem discricionários para o acesso ao principal órgão judiciário, o que permite um verdadeiro estabelecimento da agenda de políticas públicas pelas Cortes em questão. Desta atuação política surgem críticas fortes ao *judicial review*, questionando a legitimidade dos tribunais para exercerem este papel.

Enquanto isso, o controle de constitucionalidade na Europa somente passou a ser exercido sobre casos concretos após a Segunda Grande Guerra. Desde então, entretanto, adquiriu enorme relevo, como ilustram os exemplos de Alemanha e Espanha, aqui abordados. A rapidez com que os recursos constitucionais abertos ao uso dos cidadãos desenvolveu-se reflete a necessidade de existência de um controle concreto, especialmente para uma melhor proteção aos direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, os mecanismos de filtragem nos países europeus não conferem aos juízes constitucionais a prerrogativa de decidir discricionariamente sobre a admissibilidade dos recursos, como ocorre

nos Estados Unidos e Canadá. Ao menos em tese, basta a satisfação dos requisitos estabelecidos na Constituição e nas Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais para que o recurso seja admitido. Nos dois sistemas estudados, porém, existe uma simplificação da análise de admissibilidade, com tal decisão sendo tomada por um quorum reduzido de juizes. Desta maneira, tenta-se equilibrar a necessidade de funcionamento racional dos tribunais e a proteção aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

No Brasil, possuímos um sistema de jurisdição constitucional que mistura elementos dos dois grandes modelos existentes. Em sua origem, o sistema adotado foi inspirado no modelo estadunidense, o que causou problemas de uniformização de entendimentos, já que não existe a vinculação ao precedente em nosso país. A solução de atribuir ao Senado Federal a incumbência de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, conferida por meio do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, mostrou-se insatisfatória. A saída buscada recentemente pelos nossos legisladores tem sido o fortalecimento do controle abstrato e concentrado, fornecendo ao Supremo mecanismos cada vez mais fortes para uniformizar os entendimentos sobre interpretação da Constituição Federal e, por outro lado, o enfraquecimento da jurisdição difusa realizada pelos tribunais ordinários, como ocorreu com a adoção da súmula vinculante e a necessidade de demonstração de repercussão geral, inseridas na Emenda Constitucional nº 45⁵⁵.

Se por um lado é forçoso concordar que o STF alcançou um ponto de saturação operacional, decidindo mais casos do que seria humanamente possível, é importante ter em mente os objetivos e funções da jurisdição constitucional. E, como a análise das estruturas feita neste trabalho deixa transparecer, o controle concreto de normas desempenha um papel de extrema relevância no que toca à proteção dos direitos fundamentais. Foi esta a razão pela qual a modalidade de controle foi inserida nos países europeus. Muitas vezes as violações a tais direitos não são perceptíveis no momento da aprovação da norma, ou seja, antes de sua aplicação a casos concretos. Apenas no dia-a-dia é possível perceber danos que porventura decorram de uma norma aparentemente compatível com a Constituição. É preciso, desta forma, que a jurisprudência brasileira não se esqueça desta função, mantendo as portas do STF abertas a casos de violações aos direitos fundamentais.

⁵⁵ Sobre o tema, remete-se para o nosso PINTO, 2006.

Não se pretende defender a jurisdição constitucional difusa como a única legítima e compatível com a nossa ordem constitucional⁵⁶. Entretanto, o estudo da matéria em países como a Alemanha e a Espanha, nos quais a jurisdição relativa aos recursos constitucionais ou de amparo é relevante não apenas estatisticamente, mas também materialmente, tendo forçado importantes mudanças na prática constitucional, revela que a atuação dos Tribunais Constitucionais na proteção aos direitos fundamentais é essencial para a defesa da Constituição, e depende de se manterem abertas as portas daqueles tribunais para os cidadãos comuns, em casos ordinários nos quais eles possam ter tido um desses direitos abalados pela atuação do poder público, ou mesmo de outro particular. Da mesma forma, as Supremas Cortes dos Estados Unidos e do Canadá (esta última em pouco mais de duas décadas) têm um robusto elenco de decisões referentes a direitos fundamentais, que serve de paradigma para o constitucionalismo ao redor do globo, e deve servir como parâmetro para a atuação do Judiciário no Brasil.

Referencias bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CHOUDHRY, Sujit. Resenha do livro de MANFREDI, Christopher P. *Judicial Power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism*, 2ª ed. Toronto: Oxford University Press, 2001. In: *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.2, 2003, pp. 379-403.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FIELD, Martha. The differing federalisms of Canada and the United States. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999, pp. 793-803.
- FLEMMING, Roy B. e KRUTZ, Glen S. Repeat Litigators and Agenda Setting on the Supreme Court of Canada. In: *Canadian Journal of Political Science*, v.35, n.4, dez. 2002.

⁵⁶ Neste sentido, v. SOUZA CRUZ, 2005.

- _____ ; KRUTZ, Glen S. & SCHWANK, Jennifer Renee. Agenda Setting on the Supreme Court of Canadá. Trabalho apresentado na Quarta Conferência Anual sobre Estudos Científicos de Política Judicial, 21 a 23 de outubro de 1999, College Station, Texas. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/flemming.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2005.
- GARCIA, Pedro de Vega. La Eficacia Horizontal del Recurso de Amparo: El Problema de la Drittwirkung der Grundrechte. In: *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. RUIZ, Miguel López (ed.). Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- GRIFFIN, Stephen M. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: Tulane Law School Working Paper, n.2003-01. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240. Acesso em 26 de junho de 2005.
- HÄBERLE, Peter. El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. In: BELAUNDE, García Domingo & SEGADO, Francisco Fernández (coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KOMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2.ed. Durham e Londres: Duke University Press, 1997, pp. 14-15.
- KRAMER, Larry D. Foreword: We the Court. In: *Harvard Law Review*, v.115:4, 2001.
- LIMBACH, Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania. In: *Cuestiones Constitucionales*, n.3, jul./dez. 2000, pp. 67-89.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NOWAK, John E. & ROTUNDA, Donald D. *Constitutional Law*. 5.ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995.
- PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. *Repercussão Geral e Writ of Certiorari*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, 2006

- ROGEIRO, Nuno. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 217-218.
- ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. In: *International Journal of Constitutional Law*, v.2, n.4, 2004, pp. 633-668.
- SCHAUER, F. e ALEXANDER, L. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. In: *Harvard Law Review*, v.110, 1997.
- SEGADO, Francisco Fernández. La Jurisdicción Constitucional en España. In: BELAUNDE, García Domigo e SEGADO, Francisco Fernández (coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- WIELAND, Joachim. El Bundesverfassungsgericht en la encrucijada. In: *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre de 1999, pp. 127-150.