

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E
ARGENTINA – AS ORIGENS E INFLUÊNCIAS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE SOB UMA PERSPECTIVA COMPARADA**

***CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZIL AND ARGENTINA -
THE ORIGINS AND INFLUENCES OF CONSTITUTIONALITY
CONTROL UNDER A COMPARATIVE PERSPECTIVE***

GINA GOUVEIA PIRES DE CASTRO

Doutoranda pela Universidade Federal de Pernambuco na linha de Direito Constitucional. Mestra pela Universidade Federal de Pernambuco na linha de Direito Constitucional. Pós-Graduada em Direito Público - Faculdade Maurício de Nassau. Graduada em Bacharelado em Direito - Faculdades Integradas Barros Melo (AESO) 2006. Foi professora assistente da Faculdade do Recife, Ex-Assessora jurídica da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes, Professora assistente da Faculdade Pernambucana, Professora da Faculdade Maurício de Nassau; Professora da Faculdade dos Guararapes, Professora da Pós - graduação à distância do IFPE - Instituto de Tecnologia de Pernambuco, Coordenadora da MBA - Pós Graduação em Gestão Pública da UNINASSAU. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Parecerista da Revista de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do SUL - UFRGS; Parecerista da Revista Direito e Desenvolvimento - UNIPÊ; Parecerista da Revista Faculdade de Direito da UFRGS. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais - CEC da OAB/PE; Estudante do Grupo de Pesquisa - Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina: Análise Comparada, no âmbito da Pós-Graduação em Direito da UFPE; Membro do Instituto Pernambucano de Bioética e Biodireito - IPBB e Advogada.

THAMINNE NATHALIA

Doutoranda Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialização em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa – Itália; Graduada em Direito - Faculdades Integradas Barros Melo (AESO) 2006. Professora Universitária e Advogada.

ANTÔNIO BESERRA DOS SANTOS NETO

Mestrando pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2013). Atuação na área de direito civil, com ênfase em direito securitário, administrativo e tributário. Advogado.

RESUMO

O presente artigo verificou que que na Europa do pós-guerra intentou-se conferir maior eficácia e submissão dos legisladores às constituições, operando-se uma verdadeira mudança de paradigma da supremacia legalista à constitucionalista nos anos subsequentes ao pós-guerra. Por sua vez. Na América Latina, as constituições foram tradicionalmente apontadas como documentos dotados de pouca eficácia e quase nenhuma conformação dos seus textos à realidade dos povos. É possível, em tal contexto, conceber as constituições existentes ao longo da maior parte da história dos Estados da região como espécies de proclamações políticas, dada a prevalência do legalismo que agregado ao subdesenvolvimento dos Estados da região e também à instabilidade jurídica observada ao longo dos séculos XIX e XX corroboravam para enfraquecer a relevância das constituições. Concluiu-se que O atual momento de aplicação do Direito no Brasil está em adaptação a um novo sistema processual que prevê precedentes vinculantes agora não mais só quando do controle concentrado de constitucionalidade, mas também das decisões do Supremo Tribunal Federal pela via difusa de controle, podendo tal alteração acarretar em um novo momento do controle de constitucionalidade, haja vista que a adoção de um sistema de precedentes pode implicar num maior respeito às normas

constitucionais. De outro lado, a Argentina independentemente de um sistema legal de precedentes, intenta conferir efeito vinculante às suas decisões por meio de construção jurisprudencial, alterando o entendimento anteriormente predominante da Corte segundo o qual a inexistência de previsão constitucional impossibilitava a atribuição de um efeito às suas decisões, sob pena de malferir a liberdade de cognição dos tribunais de instâncias inferiores. Dada a inexistência de um controle preventivo ou abstrato de constitucionalidade, tem-se hoje na Argentina uma valorização do controle de convencionalidade da legislação para aplicar nos casos concretos os tratados internacionais como regras às soluções dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direito Comparado; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This article has verified that in post-war Europe it was tried to confer greater effectiveness and submission of the legislators to the constitutions, operating a true paradigm shift from legalistic to constitutionalist supremacy in the post-war years. In its turn. In Latin America, constitutions have traditionally been referred to as documents with little effectiveness and almost no conformation of their texts to the reality of peoples. In such a context, it is possible to conceive the constitutions existing throughout most of the history of the States of the region as species of political proclamations, given the prevalence of legalism that added to the underdevelopment of the States of the region and also to the legal instability observed during the nineteenth and twentieth centuries corroborated to weaken the relevance of constitutions. It was concluded that The current moment of application of the Law in Brazil is in adaptation to a new procedural system that provides binding precedents now no longer only when the concentrated control of constitutionality, but also the decisions of the Federal Supreme Court by the diffuse way of control, and such a change may lead to a new moment of constitutionality control, since the adoption of a system of precedents may imply greater respect for constitutional norms. On the other hand, Argentina, regardless of a legal system of precedents,

tries to give binding effect to its decisions by means of a jurisprudential construction, altering the previously predominant understanding of the Court that the lack of constitutional provision made impossible to assign an effect to its undermines the freedom of cognition of the courts of lower instances. Given the lack of a preventive or abstract control of constitutionality, there is today in Argentina an appreciation of the control of the convention of the legislation to apply in concrete cases the international treaties as rules to the solutions of the conflicts.

KEYWORDS: Constitutional right; Comparative law; Control of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do século XX, mais precisamente a partir da superação do Estado legalista e com o surgimento e consolidação do Estado Democrático de Direito, restou reforçada a preocupação de se conferir efetividade e proteger a constituição de maiorias legislativas eventuais e, nesse diapasão, atribuiu-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade, sobretudo na Europa do pós-guerra, a função de zelar pela primazia da constituição, destacando-se sobremaneira o papel da Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento do Direito Processual Constitucional¹, enquanto ciência, ao longo do século XX (FAVOREU, 2004).

Tamanha a relevância assumida pela jurisdição constitucional nesse contexto que revela-se possível afirmar ter sido o constitucionalismo do pós guerra reinventado em razão da proeminência que o instituto atingiu, permitindo a efetivação de um poder normativo ao texto constitucional em quase todo o mundo e

¹ IVO DANTAS (2012, p. 307-323 e p. 336-339) constata a dificuldade da doutrina nacional e estrangeira em conceituar o Direito Processual Constitucional e seu objeto, suscitando a utilização da locução Direito Constitucional Processual por alguns autores com o sentido daquele primeiro. O professor da Faculdade de Direito do Recife aponta para a natureza epistemológica da controvérsia e, juntamente com Canotilho e outros autores, conceitua o Direito Constitucional Processual como a matéria do Direito Constitucional que estuda as garantias principiológicas do processo.

também conferindo maior legitimidade e conformação política e social através daquele (SAMPAIO, 2002).

Verificou-se, assim, que na Europa do pós-guerra intentou-se conferir maior eficácia e submissão dos legisladores às constituições, operando-se uma verdadeira mudança de paradigma da supremacia legalista à constitucionalista nos anos subsequentes ao pós-guerra.

Na América Latina, as constituições foram tradicionalmente apontadas como documentos dotados de pouca eficácia e quase nenhuma conformação dos seus textos à realidade dos povos (WOLKMER, 2011). É possível, em tal contexto, conceber as constituições existentes ao longo da maior parte da história dos Estados da região como espécies de proclamações políticas (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 26), dada a prevalência do legalismo que agregado ao subdesenvolvimento dos Estados da região e também à instabilidade jurídica observada ao longo dos séculos XIX e XX corroboravam para enfraquecer a relevância das constituições (WOLKMER, 2011, p 146-147).

Se as constituições do período posterior à II Guerra Mundial consagraram direitos fundamentais e criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional do século XX, similar movimento pôde ser observado na América Latina das duas últimas décadas do referido século, quando a redemocratização ensejou a deflagração do poder constituinte em grande parte daqueles, alterando significativamente o Direito Constitucional na região (DALMAU; PASTOR, 2010, p. 7-29)

O constitucionalismo latino-americano do final do século XX é, portanto, conceituado por vários autores como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, em razão de sua autenticidade e alegada ruptura com um modelo constitucionalista tradicional da Europa, exercendo, nesse contexto, a jurisdição constitucional papel de relevância e destaque na concretização dos direitos fundamentais consagrados em tais constituições e sendo o acesso a justiça através de remédios constitucionais um dos principais destaques da forma autêntica de manifestação das Constituições (DALMAU; PASTOR, 2010).

Nesse sentido, os processos constituintes de Brasil (1988) e Argentina (1995), que, distinguem-se dos modelos do chamado Novo Constitucionalismo

Latino-Americano², são o ponto de partida para uma análise do controle de constitucionalidade e sua relação com a concretização de direitos fundamentais nos dois países.

2 DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – DO CONTROLE POLÍTICO E DO *JUDICIAL REVIEW*

O surgimento do controle de constitucionalidade remete à origem das constituições escritas e à ínsita aspiração já àquela época teorizada de se conferir um status de supralegalidade à constituição, como explicado por Raul Machado Horta (2003, p. 121), impedindo, de tal sorte, que procedimentos legislativos ordinários pudessem alterar a constituição. Com efeito, dois tipos de sistemas de controle, ambos completamente distintos, surgiram na França e Estados Unidos.

Na França ocorreu o desenvolvimento do modelo de controle de constitucionalidade por órgão político, mais adequado ao panorama social, político e filosófico daquele Estado³. A autoria de tal modelo pode ser atribuída ao Abade Sieyès⁴, que realizando a distinção teórica entre poder constituinte originário e poder constituído derivado propôs a criação de um “júri constitucional”, como resposta à necessidade de se poder controlar o legislador.

Inicialmente a proposta de Sieyès foi rejeitada por teóricos e legisladores, cuja resistência à criação de um controlador da atividade do legislativo residia no temor de se criar um superpoder capaz de tolher a própria atividade do Poder Legislativo. Contudo, o controle político preventivo foi posteriormente adotado na França como meio exclusivo de controle de constitucionalidade, perdurando até

² Nos dois países o processo constituinte foi deflagrado em decorrência de pactos políticos, no Brasil através de Emenda Constitucional e na Argentina por um pacto do Poder Executivo.

³ A sociedade francesa pós revolução francesa possuía uma desconfiança com o Judiciário, ao passo que prestigiava a legitimidade democrática do legislado, razão pela qual se justifica o não desenvolvimento de uma teoria mais próxima do controle jurisdicional (HORTA, 2003, p. 134-136).

⁴ Sieyes, influenciado pela Escola Clássica do Direito Natural teorizara uma distinção entre poder constituinte originário e os poderes derivados, também propôs a criação de um órgão de controle de constitucionalidade político, através da criação de um “*jury de constitution*”, com semelhanças ao *Senat Conservateur* posteriormente criado em França. (HORTA, 2003, p. 122-136 e 144-149).

2008, quando reforma constitucional introduziu a chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade⁵.

Na América do Norte, uma teoria completamente diferente foi elaborada, defendendo ser função dos juízes impedir que legislador ordinário contrariasse disposição constitucional, embasando-se nas lições de Alexander Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003). Assim, ainda que inexistente previsão constitucional explícita sobre o controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário criou o mecanismo do *judicial review*, que teve como marco a decisão do Chief Justice John Marshal, em 1803, no caso William Marbury x James Madison.

Os antecedentes da formulação de uma teoria de controle de constitucionalidade própria, nos Estados Unidos, são explicados por Mauro Cappelletti, que cita expressamente as influências da rejeição norte-americana à supremacia do parlamento britânico - que sobrepuja-se, inclusive, em detrimento do direito comum dos povos britânicos – focando o fato de os comandos emanados pelo parlamento britânico terem frequentemente colidido com interesses dos colonos na América. Assim, o choque de interesses teria agido como um fomentador das ideias de limitação do legislativo através da supremacia da constituição como expressão máxima do povo (CAPPELLETTI, 1999) (STRECK, 2014).

A opção pelo controle jurisdicional da constitucionalidade nos Estados Unidos remete, conforme expõem o supracitado autor italiano e também Domingo García Belaunde (2003, p. 27-30), aos ensinamentos de Edward Coke, juiz inglês do século XVII, que sustentava a supremacia da *commow law* sobre a *statutory law*. A doutrina de Coke defendia poder o juiz controlar os excessos por parte do Parlamento e do Rei, de maneira a estabelecer a supremacia da *commow law*, o direito comum dos povos ingleses, sobre qualquer disposição legal emanada do Parlamento contrário àquele.

O processo de independência dos países da América Latina foi fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte americano, não tendo sido diferente com o

⁵ Com efeito, em 2008 a França, cuja tradição do controle político preventivo perdurou ao longo de sua história, inseriu em seu ordenamento o controle repressivo, através da questão prioritária de constitucionalidade. Acerca da questão prioritária de constitucionalidade, veja-se a dissertação de mestrado de Livia da Silva Ferreira [2014].

controle de constitucionalidade, cujo modelo foi claramente adotado no México e Argentina⁶. Belaunde (2003) aponta o mecanismo de controle na Venezuela, ainda no Século XIX, com as constituições de 1858 e 1863, que permitiriam um controle *erga omnes*, com um controle concentrado de constitucionalidade, instrumento próprio, diverso da criação europeia do início do século XX.

Curiosamente, o Brasil, influenciado pelo constitucionalismo francês, não adotou qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade (CUNHA JÚNIOR, 2009) até 1891, quando passou a adotar, notadamente influenciado pelas contribuições de Ruy Barbosa, o modelo *difuso* de controle de constitucionalidade, similarmente ao tido nos Estados Unidos.

Em 1919, Hans Kelsen elabora projeto, posteriormente consagrado na Constituição de 1920 da Áustria, diferente do modelo estadunidense, inaugurando um contencioso constitucional diferente do rito ordinário existente na América do Norte. A criação teórica de Hans Kelsen findou por resultar na criação de vários Tribunais Constitucionais em toda a Europa, sobretudo no período após a 2ª Guerra Mundial, como aponta Favoreu (2004).

3 DO SISTEMA DIFUSO, DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E DOS SISTEMAS MISTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Desde o início do Século XIX, sobretudo após a inauguração do *judicial review* pela suprema corte, já se revelava possível observar, nos Estados Unidos, uma supremacia do texto constitucional sobre os atos legislativos ordinários, tendo tal supremacia findado por acarretar na primazia do controle jurisdicional de constitucionalidade.

A relevante influência do constitucionalismo norte americano nos povos da américa latina durante o século XIX não se revelou com mesmo vigor na Europa da época, sendo possível observar vários fatores que acarretaram na não adoção do

⁶ É curioso ressaltar que na Argentina a criação também ocorreu por decisão da Suprema Corte, haja vista a inexistência de comando expresso da Constituição (BELAUNDE, 2003).

modelo americano como explica Favoreu (2004). Desta feita, somente no Século XX, após a I Guerra Mundial a Europa iniciou seu processo de instalação de uma jurisdição constitucional, com o surgimento das Cortes Constitucionais, inspirado no modelo austríaco de Hans Kelsen - ainda que o paradigma jurídico do legalismo tenha perdurado até o final da II Guerra Mundial.

Os modelos norte-americanos (*difuso* ou *concreto*) e europeu (*concentrado* ou *abstrato*) de controle de constitucionalidade possuem os mesmos pressupostos e se assentam na supralegalidade e rigidez constitucional (DANTAS, 2012), mas possuem suas peculiaridades, como se passa a expor.

O modelo difuso permite que qualquer órgão do Poder Judiciário exerça o controle de constitucionalidade quando da apreciação de um caso concreto, só podendo o Judiciário afastar a aplicabilidade de um ato, regulamento ou lei quando diante de um litígio intersubjetivo. A solidez do sistema decorre da doutrina do *stare decisis*, que preceitua a vinculação de todos os órgãos não só do Judiciário, mas também da Administração Pública, às decisões da Suprema Corte, tornando suas decisões obrigatórias para todos na apreciação da mesma questão.

Explicitando as características próprias de cada sistema, Ivo Dantas ressalta, sinteticamente, duas características do controle difuso, também chamado de americano pelo autor, 1- concede a qualquer juiz o poder de, em qualquer momento ou instância, exercer o controle de constitucionalidade, embora o ápice do controle pertença à Suprema Corte, cujas decisões vinculam em razão do *stare decisis* e 2- que o poder-faculdade do órgão julgador somente é possível em caso concreto, não havendo ação própria pra tal controle (DANTAS, 2012).

No controle concentrado, caberia exclusivamente às Cortes Constitucionais a competência para constituir as leis contrárias a constituição como inconstitucionais. Assim, no modelo idealizado por Hans Kelsen existiriam juízes investidos em cargos, com mandatos por prazos fixos, constituindo uma corte especializada para a apreciação das leis, mas sempre em abstrato, realizando o controle em tese dos atos submetidos àquela que teriam efeitos sempre *erga omnes*, resultando na cassação da lei julgada inconstitucional.

As principais características são resumidas pelo professor Ivo Dantas em quatro itens, quais sejam: 1- órgão singular próprio e especializado – Tribunal Constitucional – mantendo a separação dos poderes; 2- natureza judicial da ação de controle; 3- a escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais trazem a participação dos outros poderes do estado; e 4- período de permanência determinado, não havendo vitaliciedade, como nos Estados Unidos e Brasil, por exemplo (DANTAS, 2012).

Após a II Guerra Mundial o modelo de Hans Kelsen se difundiu por quase toda a Europa e, como Favoreu explica em seu trabalho de direito comparado, a adoção de um ou outro modelo é resultado de opção política, sendo possível apontar importantes fatores histórico-sociais que corroboram para a escolha de um ou outro modelo (FAVOREU, 2004).

A jurisdição constitucional na América Latina não segue um roteiro singular, não há um modelo uniforme de controle de Constitucionalidade na região, como aponta Ivo Dantas (2012, p. 277-278). Na América Latina as influências dos modelos difuso e concentrado fizeram surgir sistemas próprios que mesclam as características daqueles, coexistindo num mesmo ordenamento jurídico o controle *in concreto*, que pode ser exercido por qualquer órgão do judiciário, e ações próprias, *in abstracto*, contra atos reputados inconstitucionais, como é o caso do Brasil que possibilita o controle pelas vias jurisdicionais ordinárias e também o controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, os países abordados no presente estudo, quais sejam Brasil e Argentina, possuem um sistema misto e difuso, respectivamente, tendo o Brasil adotado o controle difuso por muitos anos, desde a constituição de 1891 e consolidado seu controle pela via abstrata somente após a constituição de 1988, enquanto a Argentina, como já exposto, convive com o controle pela via difusa desde a segunda metade do século XIX.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA SUPREMACIA DAS CONSTITUIÇÕES.

As influências europeias e o movimento de empoderamento às normas constitucionais, com alçada à condição de norma suprema e cogente, garantidora dos direitos humanos e da democracia representativa do Constitucionalismo do pós-guerra findou por influenciar todos os processos constituintes do final do Século XX e início do Século XXI, sendo notória a influência na ideologia das Constituições da América Latina, cuja maior parte dos países conviveu com longos períodos de regimes autoritários, supressores de direitos e garantias individuais.

Com efeito, é possível observar nas constituições do período supracitado uma série de fatores que possibilitam entender a atual forma de manifestação do Direito Constitucional no Brasil e na Argentina. Após longo períodos de promessas não cumpridas e textos constitucionais com valor simbólico, a redemocratização dos dois países foi acompanhada da efetivação da constituição como norma jurídica, consagrando a inafastabilidade da jurisdição e permitindo ao Poder Judiciário o controle de questões políticas anteriormente não judicializáveis⁷.

É possível, nesse diapasão, afirmar que a jurisdição constitucional foi o instrumento pelo qual se buscou operacionalizar a supralegalidade das normas constitucionais, sendo o principal mecanismo utilizado nos dois países para impedir que a constituição se torne mero símbolo de programas políticos não exigíveis do Poder Público (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016). Nesse sentido, preconiza Eduardo Jiménez que “*si el control de constitucionalidad no puede ser realizado a cabalidad, la supremacía de la Constitución no pasa de ser un simple enunciado dogmático, sin ninguna relevancia práctica.*” (JIMÉNEZ, 2008), no mesmo sentido, impende colacionar a lição de Bidart Campos:

La supremacia de la constitución, se liga com la distinción entre el poder constituyente que le da origen, y el poder constituido que, por serle infraconstitucional, no debe vulnerar a la constitución y debe darle cumplimiento. Para defensa de la constitución, háce falta que exista y funcione algum sistema de control. El control constitucional sirve de garantía

⁷ Ricardo Haro suscita que as questões políticas na Argentina ainda são tratadas com cautela, defendendo que a Corte Suprema de Justiça sustenta uma posição de cautela de maneira a evitar que a função jurisdicional desarrazoada possa romper a separação de poderes (HARO, 2002, p.210-211 e 219-221).

para delacar que las normas y los actos violatorios de la constitución son inconstitucionales.(CAMPOS, 2004, p. 23-25 e ARAGÓN, 2002, P. 102-103)

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior leciona que o controle de constitucionalidade representa a garantia de manutenção da supremacia das normas constitucionais, uma vez que todas as normas que não se compatibilizem com aquela ou sejam lesivas aos seus preceitos serão invalidadas e afastadas do ordenamento jurídico e conclui que o controle é “uma importante garantia da supremacia da constituição, haurindo daí sua própria razão de ser” (CUNHA JUNIOR, 2009). Tal pensamento é corroborado pela doutrina do professor Ivo Dantas, estudioso do Direito Processual Constitucional como garantidor da supremacia da constituição (DANTAS, 2012).

Nesse contexto, é importante ressaltar a importância dos remédios constitucionais, espécies do gênero garantia, previstos nas constituições da América Latina – constituições notadamente preocupadas em assegurar vias extraordinárias de proteção aos direitos e garantias individuais – que são as ações constitucionais que visam tornar efetivos os direitos individuais e coletivos, revelando-se como verdadeiros processos de concretização dos direitos constitucionalmente assegurados em casos concretos (DANTAS, 2012).

Assim, enquanto o controle de constitucionalidade permite ao judiciário a efetivação das normas constitucionais, concreta ou abstratamente considerados, os remédios constitucionais são o instrumento através do qual também os cidadãos podem requerer o pronunciamento judicial acerca de questão constitucional. Tais remédios, no Brasil, estão previstos na Constituição federal, citando-se como exemplos o *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção e ação popular.

Em paralelo, o controle difuso predominante na Argentina⁸ também permite que todo órgão judicial afaste a aplicabilidade de lei ou ato contrário à constituição (artigo 116 da Constituição da Argentina), mas também previu em seu art. 43⁹ a

⁸ Conforme explicado a seguir na nota nº 38, a Constituição da Cidade de Buenos Aires possui também a previsão de um controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

⁹ *Artículo 43º - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idoneo, contra todo acto u omision de autoridades publicas o de*

figura do remédio constitucional existente vários países da América Latina, conhecido como *amparo*. Diferentemente do Brasil, que possui vários remédios específicos para diferentes tipos de situações, o *amparo* possui âmbito de incidência amplo, possuindo várias dimensões, como será abordado em ponto específico.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade pela via judicial evoluiu do controle meramente difuso, previsto inicialmente apenas na Constituição de 1891, para um sistema original que mescla elementos dos modelos difuso-incidental e concentrado-principal de controle de constitucionalidade, aperfeiçoado na Constituição de 1988¹⁰, que ampliou o rol de legitimados para propor as ações de controle de constitucionalidade, garantindo, pois, em teoria, uma maior possibilidade de preservação da ordem constitucional.

Como aponta Ana Lucia de Lira Tavares, o processo constituinte de Portugal influenciou bastante o processo ocorrido no Brasil, influências que se observaram não só no processo, mas também no texto, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais. Tal fato se deu muito em razão das afinidades histórico-culturais existentes entre os países, mas também pelas dificuldades observadas nos processos de transições democráticas ocorridas nos dois países (TAVARES, 1991).

No Brasil, o controle abstrato da constitucionalidade de normas é realizado pela cúpula do Poder Judiciário, podendo o controle difuso também alcançar aquela instância através de sucedâneos recursais. Contudo, até o advento de um sistema de precedentes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, que vigora desde Março de 2016, somente o controle concentrado vinculava tribunais inferiores e

particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidade manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

¹⁰ O controle concentrado foi previsto, no Brasil, com a inserção da EC 16/65, que não restou previsto no texto original da Constituição de 1967/69.

administração pública, servindo os demais julgados como precedentes meramente persuasivos.

As ações de controle concentrado existentes no Brasil são: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, insofismavelmente, representam mecanismos assecuratórios de direitos fundamentais, como o julgamento que reconheceu o direito à união de pessoas do mesmo sexo (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132), a liberação de pesquisa com células tronco embrionárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510), entre outras.

No Brasil, a atuação do Poder Judiciário, respaldada na própria Constituição, notadamente analítica e com vocação à garantia dos direitos fundamentais e da democracia, juntamente com os remédios constitucionais que promoveram maior acesso da população ao Judiciário causaram um insofismável aumento da litigiosidade de matérias constitucionais. Tal movimento acarretou no controle judicial de políticas públicas, caracterizando, por vezes, a restrição de atos provenientes de deliberações tomadas democraticamente, provenientes de órgãos não eleitos pelo povo, suscitando uma suposta violação ao princípio da separação de Poderes, problemática bastante atual do constitucionalismo contemporâneo (BARROSO, 2016).

Pela via do controle difuso, seja por meio de ações ordinárias ou pelos remédios constitucionais, importantes direitos fundamentais são cotidianamente tutelados pelo Judiciário, citando-se, como exemplo, as reiteradas decisões sobre direito a saúde, que visam conceder medicamentos ante a omissão ou ineficiência do poder público.

Destaca-se a utilização do mandado de segurança, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXIX da Constituição Federal de 1988, cabível em todas as situações de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública, desde que não concernentes a restrições ao direito de liberdade/locomoção ou informação, impugnáveis por *habeas corpus* ou *habeas data*, respectivamente.

O Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade, é composto de 11 ministros, de livre escolha pelo Presidente da República dos mesmos dentre os cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, cabendo ao Senado Federal, através de decisão de maioria absoluta, aprovar a escolha. Sendo membros do Poder Judiciário, os ministros do Supremo Tribunal Federal gozam de todas as garantias concedidas pela Constituição em seu art. 95, como a vitaliciedade.

6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ARGENTINA

A origem do controle de constitucionalidade no segundo maior país da América do Sul também foi largamente influenciada pela teoria do *judicial review* norte-americano, tendo, inclusive, sido criação jurisprudencial formulada quando inexistente qualquer previsão no texto da constituição (VISO, 2008).

No mesmo sentido acerca das influências no controle de constitucionalidade, Alberto Biachi é taxativo ao afirmar que “Nuestro sistema de control de constitucionalidade fue tomado literalmente del modelo norte-americano” (BIANCHI, 1998)¹¹. Contudo, apesar de aplicado desde o século XIX, somente em 1994, com a reforma da Constituição da Argentina, positivou-se o controle jurisdicional de constitucionalidade em seu art. 116.

Não só o controle de constitucionalidade, mas toda a história do constitucionalismo argentino é peculiar, bem diferenciada da experiência brasileira que está na sua sétima constituição escrita. A Argentina, enquanto país independente, teve sua primeira constituição em 1853 e grande parte do texto da constituição permaneceu o mesmo durante suas reformas, tal qual a última reforma, ocorrida em 1994, ainda que a sua aplicabilidade tenha restado restringida durante diversos episódios.

¹¹ O autor também expõe a existência de um controle concentrado/abstrato previsto na Constituição da Cidade de Buenos Aires (BIANCHI, 1998).

Desde o século XIX a Argentina utiliza o controle judicial de constitucionalidade pela via difusa, tendo tal meio de controle sido criado pela jurisprudência da Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina quando do julgamento do caso *Cafarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe*, no qual asseverou que a própria essência de uma ordem constitucional dependeria do controle de todos os atos contrários àquela pelo tribunal. Segundo Bianchi, embora o caso *Cafarena c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe* seja considerado o marco inaugural do controle naquele país, é o caso *Eduardo Sojo* que configuraria o marco de incorporação formal do controle (BIANCHI, 1998).

Similarmente ao Brasil pós constituição de 1891, a tradição argentina recepcionou vários institutos norte-americanos no âmbito constitucional, mas não adotara um sistema de precedentes vinculantes¹², tornando as decisões da Suprema Corte, a princípio, sem vinculação da *ratio decidendi* de suas decisões para as demais instâncias. Assim, em razão do controle do tipo difuso o controle de constitucionalidade somente é exercido em casos concretos, cujos efeitos em regra só operam *inter partes*.

Contudo, impende ressaltar que desde a década de 40 a Suprema Corte começou a construir uma tese de uma força vinculante em seus precedentes [BIANCHI, 1998. p. 358-359], propagando a obrigatoriedade dos demais órgãos jurisdicionais de seguirem as decisões proferidas por aquela corte, somente podendo divergir do conteúdo quando o fizerem por fundamentos distintos e não enfrentados pela instância superior.

Assim, como ressaltado, somente em períodos mais recentes a Suprema Corte da Argentina passou a decidir que um caso decidido pudesse produzir efeitos *erga omnes*, existindo pronunciamentos da última década do século XX que apontava para uma tendência expansiva dos efeitos dos pronunciamentos daquela corte, através de uma reiteração de seus julgados e adesão dos juízes singulares àqueles (BIANCHI, 1998).

¹² No *common law* vigora a regra do *stare decisis* que vincula os juízes a aplicação da *ratio decidendi* de para os semelhantes, desde que o precedente tenha sido julgado pela mesma corte ou por cortes superiores (MARINONI, 2014).

Enquanto no Brasil a criação de um sistema de precedentes esteja em curso e seja decorrente de uma alteração legislativa inserida pelo Código de Processo Civil de 2016, a Argentina intenta criar um sistema de obrigatoriedade por meio de construção jurisprudencial da Suprema Corte da Argentina que exerce o controle das decisões de tribunais inferiores que não seguem suas decisões (VEGA; VEGA, 2015), revertendo um entendimento anteriormente existente que entendia ser a decisão restrita ao caso em análise.

Desde 1997, quando do julgamento do caso conhecido como D'ALESSANDRO, a Suprema Corte começou a se posicionar pela vinculação de suas decisões aos casos similares, sob o fundamento de que a interpretação dada pela Suprema Corte extrairia o próprio conteúdo da Constituição.

Pelas vias ordinárias é cabível a qualquer juiz singular afastar a aplicabilidade de lei ou ato considerado inconstitucional, desde que provocado por qualquer uma das partes cujo direito restar ofendido. Tanto demandante quanto demandado podem, ao vislumbrar uma inconstitucionalidade de uma norma ou até por omissão, alegar a inconstitucionalidade desta, sendo cabível o exame da matéria pela Suprema Corte através do Recurso Extraordinário.

O controle de constitucionalidade na Argentina, dada a sua importância para o sistema, vem sendo exercido ainda que o Judiciário não tenha sido provocado pelas partes a se manifestar sobre a inconstitucionalidade no caso em análise (VISO, 2008).

Os remédios constitucionais, por sua vez, estão previstos no art. 43 da Constituição da Argentina de 1994, no qual constam o *amparo*, *habeas data* e o *habeas data*, que corresponderiam, respectivamente, ao mandado de segurança e aos dois remédios de mesma nomenclatura prevista na Constituição brasileira de 1988. Assim como no Brasil, o amparo na Argentina é amplamente utilizado para exigir uma prestação devida pelo poder público em casos de direitos fundamentais, como a saúde.

Os três remédios supracitados são destinados à proteção dos direitos reconhecidos e tutelados pela Constituição, prevendo ainda que “*en el caso el juez*

podrá delcarar la inconstitucionalidade de la norma em que se funde e lacto u omisión lesiva”.

Durante muitos anos a Argentina manteve uma forte tradição de impossibilidade de apreciação pelo Judiciário das chamadas questões políticas, que ao longo dos últimos anos vem sendo superada sobretudo diante do chamado controle de convencionalidade, atualmente mais valorizado na Argentina do que no Brasil, sendo observável a aplicação de convenções internacionais para resguardar direitos dos cidadãos.

Quanto à composição, a Corte Suprema de Argentina é também composta de membros indicados pelo Presidente da República ao Senado que deve em sessão pública aprovar por meio de dois terços de seus integrantes a indicação do Presidente. Contudo, diferentemente da Constituição do Brasil, não há previsão expressa da quantidade de membros integrantes da Suprema Corte.

Nesse contexto, em 2003, o então Presidente, Nestor Kirchner regulamentou por meio do Decreto 222/03 o procedimento de seleção dos integrantes da Suprema Corte, diminuindo a margem de discricionariedade do Poder Executivo, havendo de se destacar a previsão contida no art. 3º do referido decreto, que determina que a escolha do integrante da Suprema Corte deverá, sempre que possível, refletir as diversidades de gênero, especialidade e procedência regional, reportando-se a um marco ideal de representatividade do país.

CONCLUSÃO

O direito constitucional dos países da América Latina recepcionou vários institutos criados no direito europeu e anglo-saxônico, as influências do *judicial review*, que teve pouca penetração no direito continental europeu, são perceptíveis desde o século XIX tanto no Brasil quanto na Argentina.

Curiosamente, enquanto a Argentina mantém um modelo difuso de controle de constitucionalidade desde a segunda metade do Século XIX, tendo a reforma da Constituição de 1994 consagrado expressamente o amparo, o Brasil passou a

adotar, ao longo do século XX, sistema misto de controle de constitucionalidade, visando conferir maior efetividade às normas constitucionais através da inserção do controle concentrado de constitucionalidade com eficácia *erga omnes*.

Assim, em que pese haver nítida diferença entre os sistemas, haja vista que o Brasil adota um sistema misto de controle e a Argentina um sistema difuso, os dois países consagraram remédios constitucionais com funções muito semelhantes, que possuem vasta utilidade e conferem ampla legitimidade para a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados pela via judicial, destacando-se a figura do *amparo*, na Argentina, e o Mandado de Segurança, no Brasil.

O atual momento de aplicação do Direito no Brasil está em adaptação a um novo sistema processual que prevê precedentes vinculantes agora não mais só quando do controle concentrado de constitucionalidade, mas também das decisões do Supremo Tribunal Federal pela via difusa de controle, podendo tal alteração acarretar em um novo momento do controle de constitucionalidade, haja vista que a adoção de um sistema de precedentes pode implicar num maior respeito às normas constitucionais.

De outro lado, a Argentina independentemente de um sistema legal de precedentes, intenta conferir efeito vinculante às suas decisões por meio de construção jurisprudencial, alterando o entendimento anteriormente predominante da Corte segundo o qual a inexistência de previsão constitucional impossibilitava a atribuição de um efeito às suas decisões, sob pena de malferir a liberdade de cognição dos tribunais de instâncias inferiores.

O sistema difuso existente na Argentina vem sendo alvo de críticas por parte da doutrina (GUERCI, 2014), que a partir de uma análise comparada dos diversos sistemas de controle de constitucionalidade na América Latina e Europa defende a necessidade de não só haver o controle a partir da existência de danos concretos para possibilitar o exercício da jurisdição constitucional.

Dada a inexistência de um controle preventivo ou abstrato de constitucionalidade, tem-se hoje na Argentina uma valorização do controle de convencionalidade da legislação para aplicar nos casos concretos os tratados internacionais como regras às soluções dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Manuel. Constitución, democracia y control. *Instituto de Investigaciones Jurídicas - serie doctrina jurídica*, núm. 88. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> acessado em: julho de 2016

BELAUNDE, Domingo Garcia. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley, 2003.

BIANCHI, Alberto. *Control de Constitucionalidad*. 2ª Ed., Tomo 1, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 1998.

CAMPOS, Bidart, *Compendio de derecho constitucional*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financeira. Primeira reimpressão. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. 1999. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DALMAU, Rubén Martínez e PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, pp. 7-29

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004

FERREIRA, Livia da Silva. *A Questão Prioritária de Constitucionalidade do Direito Francês*. 2014. 136 p. Dissertação (mestrado) - Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2014

GUERCI, Ana Valeria. ¿Por qué el daño es la única llave para abrir el control de constitucionalidad? In: *Jornadas Argentino-Chilenas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional*. 2012. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/ana-valeria-guerci-que-dano-es-unica-llave-para-abrir-control-constitucionalidad-dacf130406-2014/123456789-0abc-defg6040->

31fcanirtcod?q=%20%20autor%3Aguerci&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1. Acessado em novembro de 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda., 2003

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

JIMENEZ, William Ortiz. Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: los cambios políticos y los sujetos que los impulsan, **Diálogos de Saberes, num. 38**, junho de 2013, Universidad Nacional de Colombia, Medellín. P. 97-115

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014

VISO, Adela Pérez del. **Planteo del "Sistema Británico y Norteamericano" en relación con el sistema latino y argentino**, 2008. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/convert-html-to-pdf?url=/adela-perez-viso-planteo-sistema-britanico-norteamericano-relacion-sistema-latino-argentino-dacf110097-2008-08-22/123456789-0abc-defg7900-11fcanirtcod?q=%20titulo%3A%20planteo%20AND%20titulo%3A%20sistema&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1&name=planteo-del-sistema-britanico-.pdf> Acesso em: novembro de 2016.

ROLLA, Giancarlo. La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, num. 16**, Madrid, 2012. P. 329-351.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 26

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014

TAVARES, Ana Lucia de Lira. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 28, nº 109, jan/mar – 1991

VEGA, Lorena A. VEGA, Gustavo J. ***Obligatoriedad de los precedentes en el sistema argentino.*** Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/lorena-vega-obligatoriedad-precedentes-sistema-argentino-dacf150649-2015-06-01/123456789-0abc-defg9460-51fcanirtcod?q=%20%20autor%3Avega&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Document%7CDoctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=16>. Acessado em novembro de 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst.** - Curitiba, PR: ABDCConst., 2011.