A IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL
EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOTHE IMPORTANCE OF THE CODIFICATION OF THE CONSTITUTIONAL
PROCESS IN A DEMOCRATIC STATE OF LAWAna Paula Mattoso Miskulin Cardoso¹Sérgio Tibiriçá do Amaral²

RESUMO: O presente trabalho aborda questões relacionadas ao Direito Processual Constitucional. Através do método dedutivo e levantamento bibliográfico, analisam-se questões referentes ao processo de codificação do Processo Constitucional no Brasil e na América Latina, além de avaliar o funcionamento de duas cortes constitucionais de modelo concentrado que têm o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Parlamento e também abordar o controle de convencionalidade.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Direito Processual Constitucional. Corte Constitucional.

ABSTRACT: This study broaches issues related to Constitutional Procedural Law. Through the deductive method and literature review, questions are analyzed regarding the process of codification of the Constitutional Process in Brazil and Latin America, as

¹ Discente do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário, doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo, mestre em Fisiologia do Exercício pela Universidade Federal de São Paulo, pesquisadora na Universidade Estadual Paulista- Campus de Presidente Prudente, bacharel e licenciada em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo. e-mail: ana.paula.miskulin29@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4438-0928>.

² Docente da graduação e pós-graduação do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário, coordenador da graduação do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário, professor da pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília, bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, e-mail: sergio@toledoprudente.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7264-4559>

well as to evaluate the functioning of two constitutional courts of a concentrated model which have the power to declare the unconstitutionality of laws voted by Parliament and also broach conventionality control.

Keywords: Constitutional Law. Constitutional Procedural Law. Constitutional Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Alguns recortes temáticos. 3. Evolução do Direito Processual Constitucional. 4. Histórico da Codificação na América Latina. 5. Trilogia do Processo Constitucional. 5.1. Jurisdição Constitucional. 5.2. Ação Constitucional. 5.3. Processos Constitucionais. 6. Controle de constitucionalidade. 6.1. Corte ou Tribunal Constitucional. 6.1.1. Composição da Corte Constitucional Italiana. 6.1.2. Normas disciplinadoras do funcionamento da Corte Constitucional Italiana. 6.1.3. Composição do Tribunal Constitucional Federal Alemão. 6.1.4. Normas do Tribunal Constitucional Federal Alemão. 7. Controle de Convencionalidade 8. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há uma discussão importante na doutrina das Américas sobre a necessidade de cada País elaborar um Código de Direito Processual Constitucional, que reúna num único documento os dispositivos que atualmente no Brasil estão em várias legislações, incluindo regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a Lei Federal de n. 9.882/99 que permite que o controle de constitucionalidade recaia sobre atos normativos editados anteriormente à atual Carta Magna. A Lei 9868/99, por sua vez, traz dispositivos sobre as ações constitucionais, mas o artigo 96 da Lei Maior afirma: “Compete privativamente: I- aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

A guarda da Constituição compete, precipuamente, ao STF, que poderá exercê-la por meio de controle abstrato ou difuso, este último, normalmente, através de recurso extraordinário.

O Supremo exerce a proteção dos valores constitucionais em ações de sua competência originária (art. 102, I, e suas alíneas, da CF); de sua competência recursal originária (art. 102, II, e suas alíneas, da CF); e mediante recurso extraordinário (art. 102, III, e suas alíneas, da CF) (BRASIL, 1988).

Passar-se-á, pois, à análise do recurso extraordinário, importante instrumento de controle difuso de constitucionalidade, bem como da repercussão geral, requisito de admissibilidade deste recurso, instituído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Esta emenda também instituiu a súmula vinculante, um dos mecanismos utilizados para uniformizar as decisões judiciais.

Ainda existe o controle de convencionalidade, que tem suas disposições no Pacto de San José e já aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, esta apreciação acadêmica usando os métodos dedutivo e indutivo busca inicialmente definir o que se entende por esse direito processual constitucional. Posteriormente, utilizando uma consulta doutrinária histórica demonstra a evolução de alguns institutos. Em seguida, discorre sobre a trilogia processual constitucional e controle de constitucionalidade. No capítulo final, está o controle de convencionalidade, que só vem reforçar a necessidade do Estado aderir à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

2. ALGUNS RECORTES TEMÁTICOS

O Direito Processual Constitucional é uma ramificação do Direito Processual Geral e compreende o conjunto de normas que regulamentam as garantias processuais para efetivação dos direitos, princípios e valores constitucionais por parte dos órgãos com função jurisdicional constitucional (MORENO ALFONSO, 2017, p.1). Segundo Baracho (2008, p.1) “O processo constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia da Constituição, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista”. Já Grinover o visualiza como

“A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (GRINOVER, 1975, p.7), ideia que é compartilhada por Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2005, p. 1).

Portanto, esse ramo do Direito visa estabelecer os instrumentos necessários para efetivação dos preceitos presentes na Constituição Federal e abrange o rol de normas e princípios processuais que regulamentam a jurisdição constitucional (SCHONARDIE, 2013, p.9). Assim, o Direito Processual Constitucional assegura e garante a vontade da Constituição de um Estado Democrático de Direito. Então, uma reunião num único código padronizaria os procedimentos e aprimoraria a segurança jurídica que é muito necessária em todos os processos, em especial no controle de constitucionalidade difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Com relação à estrutura processual constitucional, o Brasil, assim como a Colômbia, possui uma série de leis regulamentadoras desse processo. No Brasil, essas normas versam sobre a defesa da supremacia constitucional, proteção processual dos direitos fundamentais e salvaguarda das distribuições horizontal e vertical do poder político e encontram-se de forma dispersa, esparsa e fragmentária (DE MORAES, 2011, p. sd). Enquanto outros países já apresentam essas normas no formato codificado, caso da Bolívia, Peru e Costa Rica, o denominado Código de Processo Constitucional, garantindo de maneira mais efetiva o conhecimento e proteção dos direitos constitucionais substanciais.

Por vezes alguns julgamentos do STF despertam a atenção da sociedade brasileira, como no caso do julgamento do recurso do ex-presidente Luis Inácio “Lula” da Silva, que ganhou as páginas dos veículos de comunicação de todo o mundo. Esses julgamentos importantes exigem uma padronização para que haja uma compreensão mais aprimorada das ações julgadas perante aquela corte suprema, assim como entendimento de outros aspectos ligados ao devido processo constitucional, como a defesa e garantia dos direitos fundamentais.

3. EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O direito processual como instrumento da Justiça sempre trouxe importantes discussões doutrinárias, levando em conta seus objetivos e fundamentos. Entre outros autores de renome, alguns dos consultados ressaltam que os fundamentos do Direito Processual foram estabelecidos por Hans Kelsen por meio do artigo publicado em 1928, “A garantia Jurisdicional da Constituição”, no qual enfatizava as garantias jurisdicionais da Constituição. O mexicano Manuel Corado Paz (CORADO DE PAZ, 2017, p. 277) defende a importância da participação do positivista austríaco, que também é lembrado por outros (MAC-GREGOR, 2008, p. 83; MEDINA, 2005, p. 4).

Em 1944, o processualista mexicano Niceto Alcalá-Zamora y Castillo publicou a sua obra “Estudos do Direito Processual (Civil, Penal e Constitucional) na qual advertiu para a existência de um novo ramo processual e outorgou a sua denominação, com muita repercussão da temática (CORADO DE PAZ, 2017, p. 278; MAC-GREGOR, 2008, p. 83).

O desenvolvimento dogmático procedimental correspondeu a uma etapa de estudos sobre as garantias constitucionais do processo e da jurisdição constitucional e os instrumentos de controle processual. Nesta fase, identificamos o uruguaio Eduardo J. Couture, os italianos Piero Calamandrei e Mauro Cappelletti (CORADO DE PAZ, 2017, p. 278; MAC-GREGOR, 2008, p. 84)

O mexicano Héctor Fix-Zamudio foi o responsável pela definição conceitual e sistemática do Direito Processual Constitucional em sua tese profissional de graduação “A Garantia Jurisdicional da Constituição Mexicana. Ensaio de uma estruturação Procesal del Amparo”, publicada em 1955 (CORADO DE PAZ, 2017, p. 278; MAC-GREGOR, 2008, p. 84). Assim, Fix-Zamudio é considerado o fundador conceitual, pois determinou os contornos científicos que serviram de base para sua aceitação como novo ramo do Direito Processual (MAC-GREGOR, 2008, p. 85).

A partir de 2008, ocorreu a expansão e autonomia desse novo ramo processual. Esta fase é atribuída a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na Costa Rica (CORADO DE PAZ, 2017, p. 278)

Na Europa, o Direito Processual Constitucional é denominado de Justiça Constitucional, mas em ambas denominações se observa o mesmo objetivo de apresentar uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais presentes na Constituição (CORADO DE PAZ, 2017, p. 279; PERONA, 2017, p. 238). Embora, na Europa, seja já considerada parte da ciência constitucional, aqui, na América Latina, ainda luta-se por sua autonomia científica (CORADO DE PAZ, 2017, p. 279), embora alguns países como o Peru estejam mais avançados no tocante à sua codificação.

4. HISTÓRICO DA CODIFICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

A tendência da criação de uma codificação processual constitucional na América latina surge desde a década dos anos 90. Em 1989, na Costa Rica, ocorre a concepção da Lei de Jurisdição Constitucional, que surge como pioneira dentro de um Estado, embora haja outros antecedentes. A referida legislação costa-riquenha não é propriamente um código, mas uma legislação, lei orgânica que criou uma Sala Constitucional dentro da estrutura da Suprema Corte.

O primeiro código processual constitucional do mundo, dentro de um Estado-membro de uma federação, foi criado na província de Tucumán na Argentina em 1999. Embora não abrangesse todo o território argentino, pois é uma lei provincial ou com validade para um tipo de Estado-membro, a legislação trouxe resultados positivos para a província, com repercussão para toda a Argentina.

Em âmbito nacional, a primeira codificação foi instituída no Peru, por meio da Lei nº 28.237, de 2004. Outro país que avança no seu processo de codificação é o México (MORENO ALFONSO, 2017; VESCOVI; CAVALHERI, 2013, p. 84), buscando dar segurança jurídica e uniformização.

No Brasil, doutrinadores como Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva já sinalizavam para uma necessidade de codificação em um artigo publicado na Folha de São Paulo, em janeiro de 2010, uma vez que já existem outros códigos que contemplam os principais ramos jurídicos (VESCOVI; CAVALHERI, 2013, p. 82) e são, atualmente, apoiados por outros doutrinadores como André Ramos Tavares, Domingo García Belaunde e Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (DE MORAES, 2011). Em junho de 2013, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) empossou solenemente os membros da comissão especial de juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional, tendo como relator Paulo Lopo Saraiva. Várias reuniões dessa comissão já ocorreram para a elaboração do anteprojeto de código que a OAB encaminhará ao Congresso Nacional, visando à contribuição de garantia das instituições, dos direitos fundamentais e do país constitucional (BONAVIDES, 2016a, p. 125, 2016b, p. 7). Assim, a criação do Código de Processo Constitucional Brasileiro estabelecerá os procedimentos gerais e específicos de todos os recursos previstos constitucionalmente, respeitando a ampla defesa dos direitos coletivos e difusos.

Com relação à codificação processual constitucional, pode-se apontar alguns pontos favoráveis citados pelo professor Néstor Pedro Sagüés (2006, p. 35):

- [...]a) Seguridad, para dar un tratamiento coherente a institutos procesal-constitucionalista muchas veces dispersos y no siempre armónicos, nacidos en distintas épocas y desenvueltos quizá al azar, a borbotones, con tribunales de factura diversa y en etapas ideológicas a veces contra puestas.
- b) Perfeccionamiento y eficacia, ya que la codificación es un buen momento, por ejemplo, para mejorar el arsenal normativo existente, actualizarlo, eliminar dispositivos incorrectos, incorporar a otros que faltaban, cubrir los vacíos lagunosos y disipar ambigüedades, tarea que implica una contribución progresiva en términos de claridad jurídica.
- c) Robustecimiento académico e ideológico, del derecho procesal constitucional, puesto que una correcta codificación dará consistencia a esta joven disciplina y puede contribuir a mutarla en más operativa para los derechos personales emergentes de la Constitución o del derecho internacional, y más útil para dirimir las controversias constitucionales entre los órganos del Estado. En definitiva, para tornarla mucho más funcional a fin

de hacer operar idóneamente a la jurisdicción constitucional de la libertad y a la jurisdicción constitucional orgánica [...] ³

A estruturação do Código de Processo Constitucional brasileiro permitirá organizar e tutelar as leis que defendem os direitos e garantias fundamentais atinentes a toda sociedade brasileira e que, atualmente, encontram-se esparsas no ordenamento jurídico nacional como, por exemplo, Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985); Ação Popular (Lei 4.717/1965) e Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009). Desse modo, a codificação possibilitará o conhecimento, o respeito e a aplicação dessas normas por toda a sociedade, além de facilitar o acesso às normativas processuais.

5. TRILOGIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O conteúdo do Direito Processual Constitucional é diverso e está em vários dispositivos, mas, visando um estudo estruturado ele pode ser abordado academicamente de forma trifacetada. Assim como o Direito Processual Geral, esse direito é composto pela jurisdição constitucional, ações constitucionais e processos constitucionais (DANTAS, 2010, p. 10; MORENO ALFONSO, 2017, p. 15).

5.1 Jurisdição Constitucional

³ 1) Segurança, para dar um tratamento coerente a institutos processuais- constitucionalistas muitas vezes dispersos e nem sempre harmônicos, nascidos em distintas épocas e desenvolvidos quem sabe ao azar, aos borbotões, com tribunais diversos e em etapas ideológicas as vezes contrapostas.

b) Perfeição e eficácia, já que a codificação é um bom momento, por exemplo, para melhorar o arsenal normativo existente, atualizá-lo, eliminar dispositivos incorretos, incorporar outros que faltavam, cobrir os vazios lacunosos e dissipar ambiguidades tarefa que implica numa contribuição progressiva em termos de clareza jurídica.

c) Robustecimento acadêmico e ideológico, do direito processual constitucional, posto que uma correta codificação dará consistência a esta jovem disciplina e pode contribuir a mudá-la em mais operativa para os direitos pessoais emergentes na Constituição ou direito internacional, e mais útil para dirimir as controvérsias constitucionais entre os órgãos do Estado. Em definitivo, para torná-la muito mais funcional a fim de fazer operar idoneamente a jurisdição constitucional da liberdade e a jurisdição constitucional orgânica [...] . Tradução nossa.

A jurisdição constitucional é composta pela magistratura constitucional que exerce a função de resolver os conflitos e controvérsias de relevância jurídica constitucional mediante decisões com autoridade de coisa julgada (MORENO ALFONSO, 2017,p.117). Os órgãos que compõem uma jurisdição constitucional variam entre os países. No Chile, Equador, Guatemala, Peru, Portugal, Alemanha e Itália, que seguem o modelo de sistema concentrado, essa função é exercida pelos Tribunais ou Cortes Constitucionais autônomos, presentes fora do aparelho jurisdicional comum. Bolívia e Colômbia adotam o sistema misto e a Corte Constitucional faz parte da estrutura do poder judiciário. O modelo de sistema duplo é adotado por El Salvador, Costa Rica, Nicarágua, Paraguai e Venezuela que possuem salas especializadas nas questões constitucionais. Supremos Tribunais comuns desempenhando a função de Tribunal Constitucional são a preferência jurisdicional encontrada em países como Brasil, Argentina, Honduras, México, Panamá e Uruguai, que optaram pelo sistema paralelo.

5.2 Ação Constitucional

Ação é o direito de se invocar a tutela jurisdicional,ou seja, de se pedir que o Estado solucione uma lide. As ações podem ser classificadas de acordo com a fonte normativa e o objeto de proteção de garantia processual em: (I) Ações de origem constitucional,que se originam na lei fundamental independente da natureza dos direitos que amparam ou protegem, são exemplos ação penal, ação disciplinar, ação de responsabilidade fiscal; (II) Ações corretamente constitucionais são aquelas também presentes na Constituição, mas caracterizadas por protegerem os Direitos Humanos e a defesa da supremacia constitucional (MORENO ALFONSO, 2017,p.120), conhecidas usualmente como remédios constitucionais que são: habeas corpus, habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular.

a) *Habeas corpus* é um recurso utilizado para garantir o direito de locomoção, evitando-se a prisão abusiva ou arbitrária.

b) *Habeas data* garante ao cidadão o direito ao acesso às suas informações pessoais e retificação de dados.

c) Mandado de segurança é um instrumento que serve para garantir direito líquido e certo, individual ou coletivo, que está sendo violado ou ameaçado por ato de uma autoridade em prática ilegal ou inconstitucional.

d) Mandado de injunção visa regulamentação de uma norma da Constituição, quando os poderes competentes não o fizeram.

e) Ação popular possibilita ao cidadão recorrer à Justiça na defesa da coletividade para prevenir ou reformar atos lesivos cometidos por agentes públicos ou a eles equiparados por lei. Também pode ser proposta quando a administração pública for omissa em relação a atos que deveria praticar.

Por conseguinte, a organização do ordenamento jurídico constitucional em formato codificado possibilitaria a obtenção de uma unidade lógica e sistematizada das garantias processuais, além de facilitar o conhecimento dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

4.3 Processos Constitucionais

Processo é o instrumento criado pelo Estado para viabilizar o exercício da função jurisdicional, através de um conjunto de atos ordenados e praticados perante o poder judiciário para a solução de conflitos. Consequentemente, os processos constitucionais são o conjunto de atos legais coordenados entre si, provenientes de órgãos jurisdicionais ou de órgão não jurisdicionais, ou das partes cujo propósito é a defesa da supremacia da Constituição e proteção processual dos Direitos Humanos com a finalidade de solucionar conflitos de natureza constitucional (MORENO ALFONSO, 2017, p.119).

Na Colômbia, os processos constitucionais são divididos em três categorias: (i) Processo de constitucionalidade ordinária que tramitam para decidir sobre ação pública de inconstitucionalidade sobre leis, projetos de lei estatutária, projeto de convocação de referendo constitucional e lei convocatória de assembleia constituinte, referendo legislativo, consulta populares nacionais e plebiscitos nacionais, tratados públicos e as leis que os aprovam; (ii) Processo constitucionais especiais que tramitam para decidir as

objeções presidenciais aos projetos de lei, para exercer o controle da constitucionalidade sobre os direitos legislativo determinados pelo governo nacional em exercício dos poderes nos estados de emergência e a constitucionalidade dos decretos legislativos de suspensão de votos em referendos e consultas populares e (iii) Processos constitucionais atípicos que visam processar a exceção de inconstitucionalidade e as justificativas para o não comparecimento dos intimados às comissões constitucionais do Congresso (MORENO ALFONSO, 2017, p.119).

No Brasil, a Carta Magna de 1988 menciona e regulamenta vários tipos de processos como os remédios constitucionais e também a ação civil pública, o procedimento especial do Tribunal do Júri, ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, processo legislativo e impeachment. Assim, há uma multiplicidade de processos constitucionais que visam garantir o respeito aos direitos fundamentais ou as regras do poder do Estado. Portanto, a codificação regulamentaria essa multiplicidade de processos previstos na Constituição Brasileira de 1988.

6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O famoso debate entre Hans Kelsen e Carl Schimdt, a respeito do guardião da Constituição, no início dos anos 30 do século passado, trouxe efeitos decisivos sobre a evolução da teoria da jurisdição constitucional em todo mundo.

Para Schimdt, a Constituição representaria a vontade social e política do povo, portanto somente um órgão investido de plenos poderes e meios adequados seria capaz de guardar a Constituição num momento de crise institucional. Assim, tal missão caberia ao Presidente do Reich (Reino ou Império), pois era votado pelo povo e dotado de poderes excepcionais, conforme o artigo 48 da Constituição de Weimar. Portanto, Schimdt era contrário à instituição dos tribunais constitucionais, pois para ele poderia

ocorrer uma “judicialização” da política e uma “politização” da justiça (CHAVES, 2016, p. 45; FURLAN, 2010, p. 131–133).

Enquanto Kelsen defendia o Tribunal Constitucional como guardião da Constituição o qual seria composto por membros escolhidos pelo Parlamento, pois assim a instituição seria equidistante do poder legislativo e do poder executivo para decidir a respeito da validade constitucional dos seus atos (CHAVES, 2016, p. 45; FURLAN, 2010, p. 134). Kelsen repudiava a via difusa do controle constitucional, assim como Schimdt, pois receava que decisões e contradições proferidas nesta forma de controle comprometeriam a autoridade da Constituição. Contudo, Kelsen reconhecia a existência de outros guardiões atuando como defensores da Constituição (FURLAN, 2010, p. 134–135).

No decorrer do tempo, a ideia defendida por Kelsen tornou-se vencedora, sendo difundida em grande parte da Europa através do sistema concentrado de constitucionalidade atribuído às Cortes Constitucionais.

Nos últimos anos, no Brasil houve o reconhecimento da incorporação de um bloco de convencionalidade, o que também ocorreu em diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Todos deverão cumprir aos tratados humanos assinados no âmbito da OEA e tomar medidas de adequação da sua legislação interna. Os direitos humanos são exigências que todas as pessoas podem pleitear pelo fato de serem humanos, sendo inerente a eles uma vida com dignidade. Só isso já ensejaria uma construção doutrinária, a fim de cuidar detalhadamente dos vários processos.

6.1 Corte ou Tribunal Constitucional

A supremacia das normas constitucionais na Itália e Alemanha é responsabilidade de uma corte especial, denominada de Corte ou Tribunal Constitucional na Itália e de Tribunal Constitucional Federal (TCF) na Alemanha. Ambos têm suas raízes na

Constituição austríaca (MEDINA, 2005, p. 68). Portanto, somente essa corte é competente para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, ao contrário do que ocorre no Brasil onde se adotou o sistema difuso. Assim na Alemanha, por exemplo, um juiz não pode negar-se a aplicar uma norma ainda não declarada inconstitucional pelo TCF, cabendo somente a todo juiz verificar a constitucionalidade da norma (LIMONGI; PEREIRA; BORGES, 2011, p. 67; SCHWABE, 2005, p. 36). No sistema brasileiro, qualquer juiz pode controlar a constitucionalidade de uma norma, embora limitada a uma decisão de um caso concreto, não há nulidade da lei com efeitos gerais, pois esta função cabe ao STF que é o guardião da Constituição.

Os tribunais alemães e italianos buscaram complementar esse aspecto da superioridade da lei comunitária. No entanto, há de se ressaltar que a União Europeia é um modelo totalmente diferente de tudo que existia até então. Os “blocos” BENELUX, EURATON, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e Comunidade Econômica Europeia buscaram um modelo de integração que criou o Direito Comunitário, com caráter supralegal, no qual existem regramentos e diretivas. Dentro dessas normas superiores, a criação de um controle foi, sem dúvida, mais fácil, pois o processo de integração exigia essa harmonização.

6.1.1 Composição da Corte Constitucional Italiana

Na Itália, não se tem um ordenamento na forma de um Código de Justiça Constitucional, todavia existe um conjunto de fontes diferentes que cumprem funções análogas a de um código, por exemplo, a Lei nº 87 de 1953 que estabelece o regulamento constitucional referente à Corte Constitucional, abordando as normas referentes à composição da Corte e ao seu funcionamento (PERONA, 2017, p. 238-239).

A Corte Constitucional italiana é formada por quinze juízes, sendo um terço nomeados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela magistratura superior, ordinária e administrativa, que são nomeados para exercer o cargo por nove anos e não podem ser designados novamente. Portanto, esta composição

caracteriza um órgão constitucional de natureza jurídico-política (CHAVES, 2016, p. 51; PERONA, 2017, p. 239–240). O presidente da Corte é eleito entre os seus membros e este permanece no cargo por um triênio, podendo ser reeleito (PERONA, 2017, p. 239–240; GARCIA, 2013, s.p.). Como requisitos subjetivos, a Constituição dispõe que os juízes da Corte constitucional sejam escolhidos entre os magistrados, ainda que aposentados, das magistraturas superiores, ordinárias e administrativas, os professores ordinários de universidade em matérias jurídicas e os advogados após vinte anos de exercício (art. 135, §§ 1º e 2º, da Constituição italiana, no texto modificado pela Lei Constitucional n. 2/1967) (CHAVES, 2016, p. 52)

A função de juiz constitucional é incompatível com a de membro do Parlamento, de um Conselho Regional, com exercício da advocacia e de qualquer outro cargo descrito por lei. Os juízes da Corte possuem garantias, como, para iniciar um procedimento penal contra um juiz da Corte a autoridade judicial competente deve transmitir ao Tribunal Constitucional uma demanda através do Ministério da Justiça e suas retribuições salariais estão previstas em lei (PERONA, 2017, p. 242; NOBRE JUNIOR, 2000, p. 150).

Mas, em termos de procedimento no tocante ao controle das leis italianas, fica patente a supremacia do Direito Comunitário, que está nesse aspecto codificado pelos regulamentos e diretivas.

5.1.2 Normas Disciplinadoras do Funcionamento da Corte Constitucional italiana

As normas responsáveis por disciplinar o funcionamento da Corte Constitucional italiana estão presentes em normas constitucionais e em normais gerais, como a Lei nº 87 de 1953. Esta lei regulamenta as normais gerais de procedimento, as normas processuais referentes à ação de legitimidade constitucional de forma direta, bem como os conflitos entre os poderes do Estado e entre Estado e regiões ou entre regiões e a última parte dessa lei aborda os regulamentos específicos relativos aos processos de acusação contra

o Presidente da República. Cabe ainda a essa Corte julgar a admissibilidade das petições de referendo abrogativo, cujo procedimento é disciplinado pela Lei 352 de 1970 (PERONA, 2017, p.242-249).

5.1.3 Composição do Tribunal Constitucional Federal Alemão

A competência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha está definida, em termos gerais, no art. 93 da Constituição alemã e pode ser ampliada através de lei federal. A organização do TCF é definida pelo art. 94 (LIMONGI; PEREIRA; BORGES, 2011, p. 70; SCHWABE, 2005, p. 40). O TCF é um órgão constitucional autônomo equiparado ao governo federal, ao parlamento federal, à câmara federal dos Estados ou ao presidente federal.

É um tribunal de natureza política, formado por dois Senados, cada qual com oito juízes com mandato de doze anos, não sendo possível a reeleição. Metade dos juízes são eleitos pelo Parlamento Federal e outra metade pelo Conselho Federal, por maioria de dois terços, sendo que em cada Senado três juízes serão escolhidos dentre os integrantes dos tribunais federais. Os demais podem ser preenchidos por qualquer pessoa com idade entre 40 até 68 anos e que adquiriu capacitação para investidura de juiz através de dois exames estaduais e não podem ser membros do Parlamento Federal, do Conselho Federal ou do Governo Federal ou órgãos correspondentes dos estados. Não podem exercer qualquer atividade profissional, exceto professor universitário (LIMONGI; PEREIRA; BORGES, 2011, p. 72; SCHWABE, 2005, p. 42). Os juízes desse tribunal têm as mesmas garantias da magistratura (não destituição e inamovibilidade).

Adota-se o Princípio Senatorial, logo a decisão de cada Senado vale como decisão do TCF como um todo. O primeiro Senado decide sobre direitos fundamentais e o segundo sobre matéria de organização estatal (LIMONGI; PEREIRA; BORGES, 2011, p. 72; SCHWABE, 2005, p. 42).

5.1.4 Normas do Tribunal Constitucional Federal Alemão

As competências específicas de julgamento do TCF estão estabelecidas na lei fundamental alemã, sobretudo nos artigos 21, I e 100 I e II. Todas as competências estão sistematizadas pelo § 13º da Lei Orgânica do Tribunal e se resumem nas seguintes matérias: controle de constitucionalidade abstrato e concreto de normas, com exclusividade; recurso constitucional (interposto por qualquer do povo sob alegação de violação aos direitos fundamentais); conflitos entre órgãos; conflitos federativos; julgamento do Presidente da República; transferência de magistrados; perda de direitos fundamentais e proibição de partidos em caso de abuso contra a ordem democrática (LIMONGI; PEREIRA; BORGES, 2011, p. 70–71; SCHWABE, 2005, p. 40).

Portanto, o modelo concentrado de controle da constitucionalidade é um poder com atribuição não somente jurídica, mas também com caráter claramente político. Contudo, é um órgão independente dos demais poderes, ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição e composto de juristas com excelente conhecimento teórico e que cumprem um mandato. No entanto, além da suprema corte da Alemanha funcionam os Tribunais do Bloco, que reconhecem uma legislação comunitária única sobre o tema, prestigiando os Tribunais do Bloco.

7. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A grande contribuição do controle de convencionalidade é mesmo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH), mas com participação fundamental da sua Comissão, que dentro das suas alegações construiu importantes argumentos sobre a supremacia dos tratados na defesa dos direitos humanos e da necessidade das normas internas se adequarem a esses tratados. As normas do controle estão disseminadas nos tratados da Organização dos Estados Americanos, em especial no Pacto de São José da Costa Rica

O Sistema Interamericano, formado pela Comissão e pela Corte trouxe um modelo próprio da Europa, e, sem dúvida, melhorou-o em alguns aspectos. Na década de 70, o

Conselho Constitucional da França na decisão 74-54 DC⁴ fez um importante precedente ao se utilizar da ideia de convencionalidade e abordar dois tipos de controle distintos, mesmo se julgando incompetente para apreciar preventivamente as leis diante dos tratados ratificados pela República francesa no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, quando a Europa ainda estava no processo de unificação que iria culminar com o Tratado de Maastrich (Tratado da União Europeia).

Não se pode acessar diretamente a Corte, que pede uma petição ou, no dizer de Ernesto Ray Cantor (2010, p. 33), uma estimulação externa, uma etapa de solução pacífica não jurisdicional, que é justamente feita pela Comissão, que vai também analisar os princípios, entre eles o esgotamento dos recursos internos, a complementariedade, a vedação ao retrocesso e o princípio *pro homine*.

O esgotamento dos recursos internos, ou seja, esgotamento das vias nacionais, previsto no art. 46.1, “a” da Convenção Americana de Direitos Humanos, é requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão e ao mesmo tempo princípio que orienta a ação da Comissão. Este princípio nos remete à obrigação do Estado ao aderir à Convenção, de que os direitos humanos e garantias devem inicialmente ser protegidos dentro do âmbito doméstico, o que faz afirmar que existe também o princípio da complementariedade ou suplementariedade da jurisdição internacional.

Nenhum documento do Sistema Interamericano violou essa proibição de subtrair direitos, ao contrário, sempre foram acrescidos ao *corpus iuris* interamericano novos direitos e garantias. Por exemplo, vemos que aqueles direitos trazidos nos documentos da Carta da OEA e da Declaração Americana foram reiterados na Convenção Americana e aperfeiçoados nos tratados regionais específicos advindos nos anos seguintes.

⁴ Conselho Constitucional da França. Decisão 74-54 DC. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a7454dc.pdf

Outro importante princípio norteador dos julgamentos e pareceres é o princípio *pro homine*, ou seja, em prol da humanidade. Tal princípio indica que, havendo conflito entre uma norma interna e outra internacional, ou entre duas normas de mesma origem, prevalecerá a mais favorável ao ser humano. Sempre a mais benéfica. Justamente, ao lermos o artigo 29, “a” e “b”, da Convenção vemos que nenhuma disposição poderá ser limitada pelas normas dos Estados-parte, pois há uma proibição de restrição.

Essa possibilidade tem fundamento normativo no artigo 2, da Convenção (MAZZUOLI, 2010, p. 736), segundo a qual os Estados-Partes tem o dever de adotar em suas disposições de direito interno a citada convenção, assim disposto no referido artigo do documento de 1969 (AMERICANOS, 1969):

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual transnacional que é exercido pela Corte IDH nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, com o objetivo de garantir a supremacia da citada Convenção, mediante um exame de confrontação normativo.

O princípio do esgotamento dos recursos internos e definições a respeito do que o Brasil entende poderia figurar nessa codificação. A utilização do princípio *pro-homine* também seria melhor explicada em termos processuais, uma vez que a própria Constituição já o traz como prevalência dos direitos humanos

8. CONCLUSÃO

Ante o exposto, nota-se que a codificação do ordenamento jurídico processual constitucional deveria ser levada a efeito no Brasil, possibilitando a obtenção de unidade

lógica a sistematização das garantias processuais e dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal. Esta codificação ordenaria e regulamentaria a multiplicidade dos processos previstos na Carta Magna, assim como também tornaria mais claro os princípios constitucionais processuais, tais como, da ampla defesa, do direito à prova, da ampla defesa. Além de servir de instrumento para proteção da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Poder-se-ia cogitar ainda a criação de uma Corte Constitucional, com domínio hermenêutico jurídico e responsabilidade ética e política para assegurar o respeito aos direitos fundamentais contidos na Carta Magna.

Esta proposição a ser considerada e ser levada à análise dos órgãos competentes para, em especial a OAB, através dos procedimentos apropriados, e considerando as experiências positivas de outros países latino-americanos, se erigir um Código Processual Constitucional visando tornar mais efetivos os preceitos constitucionais.

9. REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José da Costa Rica**San JoséOrganização dos Estados Americanos, , 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **O Código Brasileiro de Processo Constitucional**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 124–130, 2016. a. Disponível em: <http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional/article/view/291/402>. Acesso em: 21 maio. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Código de Processo Constitucional: as bases doutrinárias do anteprojeto da Ordem dos Advogados do Brasil**. *Revista dos Tribunais Online*, [S. l.], v. 3, p. 279–295, 2016. b. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.12.pdf. Acesso em: 21 maio. 2018.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá.

CHAVES, Arthur Pinheiro. **Perfil comparado da composição do supremo tribunal federal e da corte constitucional italiana**. Revista CEJ, [S. l.], v. 68, p. 47–61, 2016. Disponível em: www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2084/1990.

CORADO DE PAZ, Manuel de Jesús. **La codificación del derecho procesal constitucional. Luces y sombras. Reflexiones en torno al caso mexicano**. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (org.). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica, 2017. p. 277–296.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Breves considerações sobre o direito processual constitucional**. Revista CEJ, [S. l.], v. 51, p. 14–32, 2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1412/1379>. Acesso em: 4 mar. 2018.

DE MORAES, Guilherme Penã. **Código de Processo Constitucional: é necessária a codificação do Direito Processual Constitucional brasileiro?** - Artigos | Carta Forense. 2011. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/codigo-de-processo-constitucional-e-necessaria-a-codificacao-do-direito-processual-constitucional-brasileiro/6980>. Acesso em: 5 mar. 2018.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, [S. l.], v. 10, n. 39, p. 127–146, 2010. DOI: 10.21056/aec.v10i39.291. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291>. Acesso em: 23 maio. 2018.

GARCIA, Emerson. **O Processo Constitucional Italiano e a Atuação do Ministério Público** - Artigos - Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-processo-constitucional-italiano-e-a-atuacao-do-ministerio-publico,25143.html>. Acesso em: 6 mar. 2018.

LIMONGI, Dante Braz; PEREIRA, Diogo Modesto; BORGES, Diogo Njaine. **Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma**. Revista Direito, Estado e Sociedade, [S. l.], v. 0, n. 39, p. 52–81, 2011. DOI: 10.17808/des.39.177. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/177>. Acesso em: 23 maio. 2018.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho procesal constitucional: origen científico (1928-1956)**. Barcelona: Marcial Pons, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORENO ALFONSO, Rene. *Aproximación a la codificación procesal constitucional*. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (org.). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica, 2017. p. 113–131.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Controle de Constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (Breve análise comparativa)**. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 222, n. 0, p. 143–178, 2000. DOI: 10.12660/rda.v222.2000.48943. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48943>. Acesso em: 6 mar. 2018.

PERONA, Riccardo. *Las normas esenciales de “derecho procesal constitucional” en el ordenamiento italiano*. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (org.). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica, 2017. p. 237–249.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional*. In: MASCIOTRA, Mario; CARELLI, Enrique Antonio (org.). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais**. Ijuí: Unijuí, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Mastergraf, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 23 maio. 2018.

VESCOVI, Luiz Fernando; CAVALHERI, Carolina de Cassia. **Da necessidade da criação de um Código de Processo Constitucional brasileiro**. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, [S. l.], v. 40, p. 80–97, 2013. Disponível em: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/4610/5023>. Acesso em: 25 jun. 2018.

VESCOVI, Luiz Fernando; DE, Carolina; CAVALHERI, Cássia. **Da necessidade da criação de um Código de Processo Constitucional brasileiro***. Curitiba: J.M., [S. l.], 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n40/n40a04.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018.

Data da submissão: 26/08/2020

Data da primeira avaliação: 20/10/2020

Data da segunda avaliação: 20/10/2020

Data da aprovação: 20/10/2020