

# DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL: UM DEBATE EM ABERTO

## CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW AND CONSTITUTIONAL LAW PROCEDURE: AN OPEN DEBATE

Ivo Dantas<sup>1</sup>

### Resumo

O texto trata dos principais aspectos epistemológicos dos novos *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, sem dúvidas um dos assuntos mais estudados na América Latina, onde, segundo forte parcela da Doutrina identifica o universo no qual se concentra o maior progresso destes estudos. De forma quase pioneira na nossa doutrina, discute as questões da **Recepção Legislativa** e da **Codificação** da legislação, esta pioneiramente, defendida pelo autor desde 2007, no livro *Constituição & Processo* (Curitiba: Editora Juruá).

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Direito Constitucional Processual. Recepção Legislativa. Codificação da Legislação.

### Abstract

The text addresses the main epistemological aspects of the new *Constitutional Procedural Law* and *Constitutional Law Procedure* without doubt one of the most studied issues in Latin America, where strong second installment of the Doctrine identifies the universe in which concentrates the greatest progress of these studies. Almost pioneered the way our doctrine, discusses the issues of **Legislative Reception** and **Codification** of the law, this innovatively defended by the author since 2007, the book *Constitution & Construction Process* (Curitiba: Editora Juruá).

Keywords: *Constitutional Procedural Law. Constitutional Law Procedure. Legislative Reception. Codification of Legislation.*

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

## 1. O Direito enquanto *processo* e enquanto *conhecimento*. Direito Constitucional e Política.

O problema aqui suscitado, em última análise, é consequência da falta de *precisão terminológica* que caracteriza os estudos sociais e de forma especial os estudos jurídicos, que até o momento não são possuidores de um vocabulário inteligível e aceito, facilmente, pelos iniciados. Esta constatação nos põe frente a frente com uma lacuna que deverá ser preenchida não pelos estudos sobre Processo Constitucional ou Jurisdição Constitucional, mas sim, por outros que se alocam no âmbito da Filosofia, tal como ensina um dos maiores comparativistas contemporâneos, RENÉ DAVID<sup>2</sup> que escreve:

“Le premier soin des hommes de science lorsqu’ils sont appelés à étudier et à enseigner une discipline, est de préciser quel va être l’objet de leurs recherches, en quoi consiste la matière qui s’offre à leurs travaux, quelle est la nature de la tâche qui les attend”.

Oportuno é advertirmos, preliminarmente, que em voltando nossas atenções para o conceito, caracterização e conteúdo de qualquer ramo do conhecimento, como no caso da Direito, História, Política ou Economia, Matemática, Física ou Química, tais preocupações não pertencem ao próprio objeto do conhecimento em si, porém, fazem parte de sua *filosofia*, sendo-lhe uma ante-sala, um estudo propedêutico, de natureza *epistemológica*.

Em outras palavras: ao enfrentar os temas referentes ao marco teórico da ciência (ou simples disciplina), não pode o estudioso ter a pretensão de estar pisando no terreno dela

---

<sup>2</sup> Traité Elementaire de Droit Civil Comparé. Introduction a l’étude des droits étrangers et a la méthode comparative. Paris: LGDJ, 1950, p. 1.

mesma (ciência), pois neste, incontestavelmente, só se encontrará a partir do instante em que passe a discutir e analisar seus institutos (objeto material), já como *universo* fixado e sobre o qual haverão de recair seus interesses. Antes disto, toda a sua reflexão estará centrada na *Epistemologia* do seu saber, entendendo-se esta, não no sentido equivalente à *Gnoseologia* - como pretendem alguns -, mas sim, na perspectiva de *Teoria ou Filosofia da Ciência* <sup>3</sup>.

Fizemos referência a duas expressões, ou seja, *Epistemologia* e *Gnoseologia*, podendo-se adiantar que existem modos diversos de encarar estes dois setores do conhecimento filosófico, os quais, para nós, devem ser vistos de forma claramente diferenciada, conforme entendimento que temos defendido em várias oportunidades, sobretudo, em nossa Tese de Livre Docência à Faculdade de Direito da UERJ, intitulada A Teoria do Estado no Quadro do Conhecimento Político <sup>4</sup>, bem como nos livros Direito Constitucional e Instituições Políticas <sup>5</sup>, Introdução à Sociologia - Fundamentação Epistemológica <sup>6</sup> e, mais recentemente, Direito Constitucional Comparado – Introdução, Teoria e Metodologia <sup>7</sup>, nos quais advogamos a posição de que não existe uma sinonímia entre ambas as expressões (*Gnoseologia* e *Epistemologia*), o que pode ser apreendido a partir da própria formação etimológica dos

---

<sup>3</sup> Sobre as expressões e seus sentidos, consultem-se, dentre muitos outros, JOSÉ FERRATER MORA, Diccionario de Filosofia. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1971, Tomo I, verbete; EVANDRO AGAZZI, A Ciência e os Valores. São Paulo: Edições Loyola, 1977, p. 32; NICOLA ABBAGANO, Dicionário de Filosofia. 2ª edição, São Paulo: Editora Mestre Jou, 1982, verbete e LEÓN DUJOVNE, Teoría de los valores y filosofía de la historia. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1959.

<sup>4</sup> Publicada no livro Teoria do Estado - Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989, p.1-67.

<sup>5</sup> Bauru, São Paulo: Editora Jalovi, 1986, p. 17.

<sup>6</sup> Rio de Janeiro: Editora Rio - Sociedade Cultural Ltda., 1978, p.13-16.

<sup>7</sup> 2ª edição, revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

vocábulos: GNOSEO + LOGIA e EPISTEME + LOGIA (*Teoria do conhecimento e Teoria da ciência*, respectivamente).

Justificando a presença de reflexões epistemológicas prévias, A. L. MACHADO NETO (Problemas Filosóficos das Ciências Humanas <sup>8</sup>), entende, a nosso ver com plena razão, que é necessário ao estudioso das ciências sociais, antes de mergulhar no objeto de estudo da sua área, possuir uma fundamentação filosófica válida, a fim de que fiquem esclarecidos

“os conceitos que o cientista encontrará previamente elaborados e definidos, ao início de sua tarefa propriamente científica, ou seja, desde quando se dirige para a teoria e pesquisa científica”.

Realmente, a preocupação primeira de quem se inicia em qualquer ramo do conhecimento é a de saber sobre o histórico, o conceito e objeto de sua ciência; a metodologia utilizada; as relações que esta mantém com as demais ciências, tanto do mesmo grupo do saber quanto de outros grupos. Procura-se, dito de outra maneira, obter uma *localização topográfica ou geográfica* dentro do mundo do conhecimento <sup>9</sup>. Pois bem (e vale a repetição), *tais indagações não fazem parte ainda do conhecimento científico em si mesmo*, entretanto, são preliminares irrenunciáveis a ele, pertencendo a um tipo de reflexões não científicas, mas sim, valorativas e críticas, portadoras, pois, de *juízos de valor*.

Neste sentido, escreve JOSÉ MEDINA ECHAVARRIA no livro Sociologia: Teoria y Técnica <sup>10</sup> ao afirmar:

---

<sup>8</sup> Brasília: Editora UnB, 1966, p. 5.

<sup>9</sup> Vale lembrar que esta *departamentalização do saber* visa objetivos simplesmente didáticos ou acadêmicos, visto que, na prática, todas as ciências mantêm entre si comunicações indissociáveis.

<sup>10</sup> Mexico: Editora Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 26/27.

“Por uma parte, ninguém pretende negar que à Filosofia incumbe, com respeito à Sociologia, a mesma tarefa que lhe cabe com relação às demais ciências em geral; a de fundamentar suas pretensões de validade, indagando, a adequação dos métodos respectivos com a natureza do objeto estudado e o caráter das generalizações obtidas. Os gostos metodológicos não correspondem ao cientista como tal, se bem que não seja infrequente que de fato o preocupam e trate delas, porém, nestes casos, cumpre, ao fazê-lo, tarefa filosófica. A Sociologia, como as Ciências Sociais em geral, ajunta problemas de método e de construção científica que têm de ser afrontados de alguma forma, seja pelo próprio especialista, seja pelo lógico ou filósofo. Entretanto, quem quer que empreenda a tarefa, esta é sempre de caráter filosófico”.

Insista-se: tais estudos, ou seja, a delimitação do objeto e a caracterização do conhecimento e sua metodologia, portanto, fazem parte da Filosofia, muito embora sobre eles ainda existam discussões de ordem terminológica, entendendo alguns autores que devem ser denominados de *Epistemologia*, enquanto outros a encaram como *Gnoseologia*.

Delimitado o âmbito filosófico onde se situam tais discussões, vale chamar a atenção que no estudo do Direito, bem como em várias Ciências Sociais (História, Economia, Política) a mesma expressão designa o *processo* (=a realidade a ser estudada) e o *conhecimento* sobre a mesma realidade.

Referindo-se aos dois sentidos do vocábulo *direito*, tal como já por nós mencionado (= *processo e conhecimento*), ALBERTO CALSAMIGLIA <sup>11</sup>, ao estudar *El Estatuto Científico de la Dogmática*, referindo-se à "*ambigüedad del término derecho*", escreve que

“la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho no está clara para la mayoría de los juristas. Una de las posibles acepciones de la palabra derecho es ciencia del derecho. En el lenguaje ordinario, decimos que estudiamos derecho. En esta frase se hace referencia al saber jurídico. También utilizamos la palabra derecho para designar un ordenamiento jurídico, derecho subjetivo o, incluso, la idea de justicia”.

Em outras palavras, não poderemos perder de vista - e já o afirmamos -, que com a mesma expressão tanto designamos o *ordenamiento jurídico-positivo*, como o *estudo que se efetua sobre ele*. Dizendo melhor: o mesmo substantivo, tanto é usado para significar o *processo em si* como o *conhecimento* que sobre ele se formula, a ponto de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, no livro Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas <sup>12</sup> escrever que

“en primer término, el derecho tiene en su contra la circunstancia de que la denominación que puede darse a la disciplina que se ocupa de su estudio es equívoca y comienza por confundirse con

---

<sup>11</sup> Introducción a la Ciencia Jurídica. Barcelona: Editorial Ariel, 1988, p. 49.

<sup>12</sup> Mexico: Editorial Porrúa, 1968, p. 57. Trata-se de fundamental livro sobre os temas que aborda, sendo que, em vários capítulos, o *Direito Comparado* e o objeto de estudos.

su misma materia. Así, mientras a nadie se le ocurriría confundir la astronomía con los astros, las estrellas o las galaxias; la física con la materia, o la geografía con el globo terráqueo, es frecuente la discusión sobre si el derecho posee o no carácter científico, no obstante que el derecho no es un disciplina racional, sino un objeto de conocimiento”.

Embora reconhecendo a inexistência de uma rigidez vocabular nos estudos jurídicos, CÂNDIDO DINAMARCO (Fundamentos do Processo Civil Moderno<sup>13</sup>), já identifica nele um progresso que o torna “mais minucioso e apurado”. Textualmente, observa:

“mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem, e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. À medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado. A linguagem do jurista de hoje não é a mesma do seu

---

<sup>13</sup>

São Paulo: Editora RT, 1987, pp. 101-102.

antecessor do século passado, precisamente porque a ciência do direito já se encontra profundamente modificada (assim como a do físico, que nas últimas décadas tantos fenômenos novos vai precisando designar)”.

Finalmente, lembre-se que a necessidade de precisar o sentido dos vocábulos já era realçada por ARISTÓTELES <sup>14</sup> nos seguintes termos:

“É útil ter examinado a pluralidade de significados de um termo, tanto no interesse da clareza (pois um homem está mais apto a saber o que afirma quando tem uma noção nítida do número de significados que a coisa pode comportar), como para nos certificarmos de que o nosso raciocínio estará de acordo com os fatos reais e não se referirá apenas aos termos usados. Pois, enquanto não ficar bem claro em quantos sentidos se usa um termo, pode acontecer que o que responde e o que interroga não tenham suas mentes dirigidas para a mesma coisa; ao passo que, depois de se haver esclarecido quantos são os significados, e também qual deles o primeiro que se tem em mente quando faz a asserção, o que pergunta pareceria ridículo se deixasse de dirigir seus argumentos a esse ponto. Isso também nos ajuda a evitar que nos

---

<sup>14</sup> Tópicos I. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1973, p. 26.



enganem e que enganemos os outros com falsos raciocínios; porque, se conhecemos o número de significados de um termo, certamente nunca nos deixaremos enganar por um falso raciocínio, pois perceberemos facilmente quando o que interroga deixa de caminhar seus argumentos ao mesmo ponto”.

Esta situação logo se reflete na esfera do Direito Constitucional <sup>15</sup>, pelo que é necessário que tenhamos consciência da mútua e profunda influência existente entre as duas perspectivas sob as quais ele se apresenta, ou seja, o *Direito Constitucional processo* (= política ou engenharia constitucional <sup>16</sup>) e o *Direito Constitucional conhecimento* (= ciência), muito embora cada uma das realidades guarde seu próprio campo de ação <sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Embora estejamos nos referindo ao Direito Constitucional, o raciocínio é válido para o ‘*Direito*’ em qualquer de seus *ramos* e, no nosso caso, demonstrará a necessidade de definirmos as duas expressões que encabeçam este capítulo.

<sup>16</sup> Temos usados, de há muito, a expressão *Direito como processo e como conhecimento*, tal como se verifica de nossos livros Direito Constitucional e Instituições Políticas (Bauru, Editora Jalovi, 1986), Constituição Federal - Teoria e Prática vol. I (Rio de Janeiro: Renovar, 1994). Recentemente, JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO publicou o livro La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil (Madrid: Editorial Trotta, 1994), onde utiliza a expressão no mesmo sentido que já o fazíamos.

No tocante à expressão *Engenharia Constitucional*, GIOVANNI SARTORI lançou em 1994 o livro Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structure, Inventives and Outcomes (New York University Press), traduzido pela Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1994, sob o título Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados e, em 1997, pela Editora UnB, com o título Engenharia Constitucional - Como mudam as constituições.

<sup>17</sup> A influência entre o *sistema jurídico* e a *política* é indiscutível, sobretudo porque, todas as normas que integram aquele, no *Estado Democrático de Direito*,

No livro intitulado El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, BIDART CAMPOS escreve

“La ciencia del derecho constitucional - <sup>18</sup> - , como ciencia del derecho, tiene - más allá de las denominaciones discutibles - carácter científico. Por supuesto que la ciencia jurídica no es ‘derecho’ en el sentido de ‘mundo jurídico’. Lo que ocurre con el vocábulo es que llamamos ‘derecho’ a ese mundo jurídico (empírico) y también al conocimiento (teórico) que lo toma como objeto”.

No mesmo sentido, observa F. RUBIO LLORENTE no verbete *Derecho Constitucional*, publicado na Enciclopedia Jurídica Básica <sup>19</sup>, referindo-se ao *doble significado de la expresión*:

"como en todas las restantes ramas del Derecho, la expresión se utiliza indistintamente para significar un conjunto normativo diferenciado dentro del ordinamiento y aquella disciplina jurídica especializada en su estudio".

Para OLIVIER DUHAMEL <sup>20</sup>

"L'expression ‘droit constitutionnel’, comme le mot ‘droit’ lui-même, est ambivalente en ceci qu'elle désigne d'une

---

são oriundas do Poder Político e, portanto, do processo político. No caso da norma constitucional esta influência é bem maior, como será demonstrado neste item.

<sup>18</sup> Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 13.

<sup>19</sup> Madrid: Editorial Civitas, 1995, vol. II, p. 2206.

<sup>20</sup> OLIVIER DUHAMEL - YVES MÉNY, Dictionnaire Constitutionnel. Paris: Puf, 1992, p. 320.

part un ensemble de règles et, d'autre part la 'science de ce corps de règles', la disciplina qui les étudie - ainsi que l'avait souligné Charles Eisenmann".

Finalmente, nesta breve amostragem a respeito da questão, JOSE KORZENIAK (Derecho Constitucional - Parte Geral<sup>21</sup>) escreve:

“La expresión ‘derecho constitucional’ suele usarse tanto para referir a una parte del orden jurídico (la integrada por las normas constitucionales), como para denominar a la disciplina que se ocupa del estudio de esa parte del orden jurídico. En el primer caso, se está designando a una rama del ordenamiento jurídico, que constituye una parte, la más importante, del Derecho Público Interno; en el segundo sentido, la expresión designa a una ciencia, precisamente la ‘ciencia del derecho constitucional’.

Esta constatação tem consequências de ordem não apenas epistemológica, mas, igualmente, de natureza prática, visto que, enquanto aquele (= norma legislada, processo, sistema) é produto do político ou política como arte de governar, este, no sentido de análise teórica e científica daquele, é obra do cientista, do constitucionalista, preocupado com o estudo da norma enquanto expressão de *valor social*, sem, contudo, sobre ela o cientista emitir *juízo de valor*<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Montevideo: Tomo 1, Acali Editorial, 1978, p. 11.

<sup>22</sup> Veja-se nosso livro Introdução à Sociologia - Fundamentação Epistemológica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, onde esta diferenciação foi tratada.

Este aspecto (*relações entre o Direito e a Política*) não ficou esquecido por J. PEREZ ROYO (Curso de Derecho Constitucional <sup>23</sup>), o qual, depois de proceder valiosas reflexões epistemológicas sobre o Direito Constitucional, trata da *Posición del Derecho Constitucional en el Ordenamiento*. A propósito, são suas palavras:

“El Derecho Constitucional es, por tanto, el *punto de intersección* entre la *Política* y el *Derecho*. Esto es lo que define *su posición* en el ordenamiento jurídico. Y lo que la define no sólo en el momento fundacional, de génesis de la Constitución, sino también de manera permanente. El Derecho Constitucional arranca de la Política y acaba en la Política. Parte de la Política, porque el proceso constituyente es un proceso político. Y aunque dicho proceso político acaba en una norma jurídica, en la Constitución con sus artículos agrupados en Títulos, Capítulos y Secciones, acaba en ella para volver a la Política, para ordenar un proceso de creación del derecho, que es un proceso político protagonizado por entes sociales de naturaleza política o por órganos del Estado de naturaleza asimismo política”. Esto es lo que singulariza la posición del Derecho Constitucional como Derecho y lo diferencia *esencialmente* de todas las demás ramas del Derecho. El Derecho Constitucional es un *Derecho Político*, en el

---

<sup>23</sup>

2ª edición, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 52.

sentido de que es un *Derecho para la Política*, un Derecho para la ordenación de un proceso a través del cual la sociedad se autodirige políticamente; esto es, adopta las medidas necesarias para adaptarse al cambio y, si puede, para anticiparlo y promoverlo. La *función* del Derecho Constitucional es la de ofrecer un cauce al proceso de autodirección política de la sociedad”<sup>24</sup>.

Em outras palavras: sabendo-se que a norma jurídica é sempre representativa de *valor*, conclui-se de forma irreparável, que, o realizador do Direito Constitucional (= processo), necessariamente terá que enxergá-lo sob a *óptica valorativa*, procurando a melhor regulamentação para o Estado, o exercício do seu poder e suas relações com o indivíduo em determinado momento. Ao contrário, o cientista do Direito Constitucional não poderá ver a norma constitucional como *boa ou má*, porém, sempre como algo objetivo, simples realidade sobre a qual recairá a análise científica que, tanto quanto possível, deverá ser *neutra e desinteressada*.

Analizando o problema, afirma TAGLE ACHAVAL em seu Derecho Constitucional - Tomo I - Introducción<sup>25</sup>:

“quien promueve desde el poder, o desde fuera de él, la sanción de una nueva Constitución para un Estado obtiene la calificación de *político*, no de constitucionalista. En cambio, el profesor que desde la cátedra de Derecho

---

<sup>24</sup> Ob. cit. pp. 52-53.

<sup>25</sup> Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976, pp. 4 e 5.

constitucional estudia si esa sanción es posible, no gana por ello el título de político, y si, en cambio, el de *constitucionalista*. Aquellos que se dedican a la vida política activa y con su acción hacen el derecho constitucional de su país, obtienen la calificación de políticos” (destaques nossos).

Não se imagine, precipitadamente, que o fato de alguém ser responsável pela elaboração do *Direito Constitucional processo* (= política constitucional) implique em ficar impedido de participar da comunidade científica que o examina, exigindo-se-lhe, apenas, que esteja consciente de seus *status* ou *esquemas de qualificação*. Assim, entre nós, foram exemplos de tal situação, dentre muitos outros, PIMENTA BUENO, CARLOS MAXIMILIANO, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, JOSÉ DUARTE, PINTO FERREIRA, AFONSO ARINOS e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, os quais, ao lado da militância político-partidária, não abandonaram a produção científica de estudos e análises do Direito Constitucional (= conhecimento).

Finalizando, insista-se que *o Direito Constitucional enquanto processo ou política constitucional tem profunda relação com o Direito Constitucional enquanto conhecimento (Ciência)*, valendo-se de estudos doutrinários para o seu aperfeiçoamento, como aconteceu, no Brasil, com o *Mandado de Segurança*, cuja compreensão doutrinária foi anterior à sua consagração no texto constitucional de 1934, separando-o do *Habeas Corpus*. O mesmo se diga com relação às *Medidas Provisórias*, a respeito das quais a EC 32/2001 lançou mão de algumas conclusões da Doutrina, especialmente, quanto às suas limitações e reedições.

## 2. *Direito Constitucional Processual* (Teoria Constitucional do Processo) e o *Direito Processual Constitucional*: um debate em aberto.

O debate acerca da *existência, denominação e objeto do Direito Constitucional Processual e do Direito Processual Constitucional*, está bem delimitado no título da obra coordenada por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, En Torno al Derecho Procesal Constitucional (un debate abierto y no concluído) <sup>26</sup>, composta por 6 (seis) capítulos, cada um assinado por um dos cultores da nossa ciência. Contudo, na *Presentación* escrita por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, logo se vê o objetivo da obra quando se lê:

“La expansión que ha experimentado el Derecho Procesal Constitucional en los últimos años resulta innegable. En la hora presente los estudios especializados sobre la materia se incrementan en cantidad y calidad, especialmente en La comunidad latinoamericana. Esta evolución que se vislumbra con vigor en los países de nuestra región, se debe, por una parte, a la proliferación de reformas legales de los distintos instrumentos procesales que otorgan efectividad a la normativa constitucional y a la dimensión que están alcanzando los diversos tipos de magistratura constitucional, sean como tribunales constitucionales autónomos, salas constitucionales o a través de las nuevas atribuciones conferidas a las cortes

---

<sup>26</sup>

México: Editorial Porrúa, 2011.

supremas, motivando una interpretación dinàmica de las cartas fundamentales; y por outra, a la dedicación y esfuerzo realizado por procesualistas y constitucionalistas en establecer los cimientos científicos de la disciplina para su consolidación como reciente parcela del saber jurídico”.<sup>27</sup>

IVÁN ESCOBAR FORNOS (Introducción al Derecho Procesal Constitucional<sup>28</sup>), logo no ítem 1, capítulo I, escreve:

“La Constitución contiene derechos, libertades, normas de organización, de garantías y de procedimiento para asegurar un juicio justo y rápido, seguro, imparcial y legal. Este es el núcleo del Derecho Constitucional Procesal. Es la consagración de las normas y principios básicos del Derecho Procesal en la Constitución, las que adquirieren la superioridad de ésta. Se ocupa, pues, de las instituciones procesales establecidas en la Constitución que velan por la seguridad jurídica y el debido proceso”.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Ob. cit. p. XIII.

<sup>28</sup> México: Editorial Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005. Trata-se, em nosso entender, de obra completa para ser consultada pelos expertos e/ou iniciantes, por abarcar os temas que, a nosso ver, compõem o objeto do *Direito Processual Constitucional*. *A ele recorreremos várias vezes.*

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 1. O raciocínio do autor é, exatamente, o nosso, como será explicado ainda neste texto.



Depois de citar os denominados “princípios, derechos y garantías”, que no fundo são desdobramento do grande mandamento do Due Proces of Law (Devido Processo Legal), se volta para o segundo campo ao qual vimos nos referindo, ou seja, o Direito Processual Constitucional e nos dá bela lição de conteúdo histórico, ao afirmar:

“El estudio especializado del Derecho Procesal Constitucional, si bien no con este nombre, lo inició Kelsen con su libro ‘La Garantía Jurisdiccional de la Constitución’, publicado em 1928. Continúan Couture, Calamandrei, Alcalá Zamora y Castillo, Cappelletti, Fix-Zamudio, González Pérez, Nestor Sagües, Ignacio Burgoa, García Belaunde, Hernández Valle, Fernandes Segado, Diego Valadéz, Jorge Carpizo y otros, a los que se han unido jóvenes como Eduardo Ferrer Mac- Gregor, Miguel Carbonell, José Júlio Fernández Rodríguez y otros”.<sup>30</sup>

O fenômeno da *flexibilidade terminológica*, pelo visto, permanece quando enfrentamos diretamente o Direito Processual Constitucional<sup>31</sup>, razão pela qual nossa discussão

---

<sup>30</sup> Ob. cit. p. 2. O autor cita de cada nome mencionado, sua obra principal, tudo em pé de página. Não os transcrevemos, entretanto, em razão de que todos eles constam da bibliografia no final no livro.

<sup>31</sup> Em nosso entender, a *Teoria da Jurisdição Constitucional*, (*Jurisdição Constitucional*) é competente para conhecer e julgar os *Processos Constitucionais*, assim entendidos em razão da *matéria* e da *competência*. Este posicionamento, contudo, não é pacífico na doutrina, pelo que somos favoráveis a uma exposição das mais importantes posições apresentadas por autores nacionais e estrangeiros.

versará sobre as expressões *Direito Constitucional Processual* e *Direito Processual Constitucional*, a fim de fixarmos, corretamente, o âmbito de aplicação de cada uma delas <sup>32</sup>.

Em estudo pioneiro (e hoje clássico e indispensável) intitulado Processo Constitucional <sup>33</sup> JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, ensina que

“a aproximação entre Constituição e Processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: ‘A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional’. Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização

---

<sup>32</sup> Mesmo fazendo referência a outros trabalhos, seguiremos o roteiro traçado por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, Derecho procesal constitucional (origem científico – 1928-1956). Madrid: Marcial Pons, 2008), do qual existe uma tradução brasileira (Direito Processual Constitucional origem científica – 1928-1956), da qual fizemos a revisão ortográfica e escrevemos o *Prefácio* (Curitiba: Editora Juruá, 2009).

<sup>33</sup> Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 125-126.

judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa <sup>34</sup> e outros postulados que desses decorrem. A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o *habeas corpus*, o *mandado de segurança* e a *ação popular*” – conclui BARACHO <sup>35</sup>.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (Derecho Procesal Constitucional <sup>36</sup>) ao analisar *Las Inevitables Limitaciones* observa que

“los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos. Precauciones que, como lo sabe toda persona situada dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en

---

<sup>34</sup> Veja-se do mesmo autor, O Valor constitucional dos ‘direitos de defesa’: jurisdição e constituição. In *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, maio de 2000, ano 2, n. 12, p. 5-6.

<sup>35</sup> O autor não cita os demais remédios, em razão da data em que a obra foi escrita, 1984.

<sup>36</sup> Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 1-2.

donde nasce el *derecho*, aunque la consolidación sobreviene mucho después, en largo pèriplo que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tan vastos conocimientos tenemos que saber por dónde andamos, cuánto avanzamos, o si es que estamos dando vueltas en torno de algo útil. Además, tratándose del derecho procesal – y aquí aceptamos provisionalmente que el derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle –, el asunto se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en cuanto al derecho público interno. En consecuencia, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado solo en los aspectos principistas o de partida, debe ser consciente de estas limitaciones”.

Em seguida, já no item intitulado *El ‘nomen iuris’*, GARCÍA BELAUNDE escreve que  
“podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones,

incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son ‘justicia constitucional’ y ‘jurisdicción constitucional’, tomadas generalmente como sinónimas. Pero es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a lo largo de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso solo puede ser *el derecho procesal constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución*. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal remata el edificio del moderno derecho constitucional que se construye desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del período de entreguerras. *Si el derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el derecho procesal civil, en igual forma el derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo*. Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan agregar algo propio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor. Aceptemos, pues, la expresión ‘derecho

procesal constitucional’, con cargo a mayores precisiones”<sup>37</sup>.

ELVITO A. RODRIGUEZ DOMINGUEZ<sup>38</sup>

ao analisar as expressões *Derecho Constitucional Procesal* e *Derecho Procesal Constitucional* afirma que

“en relación con el Derecho Procesal, las Constituciones tienen dos clases de normas: unas, que se refieren a la estructura del Poder Judicial u órgano jurisdiccional del Estado, su organización, la forma de acceso al cargo, las garantías de que gozan los magistrados, sus responsabilidades, la creación de organismos especiales para la selección y nombramiento de los magistrados, establecimiento de garantías de la administración de justicia que aseguren el debido proceso, etc.; y otras cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales atinentes a los derechos de la persona y al cumplimiento de la jerarquía normativa también dispuesta por la Constitución, concediendo acciones para recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivos estos derechos, y que disponen se dicten leyes de procedimiento para canalizar dichas acciones. El primero grupo de normas sirven de fundamento al

---

<sup>37</sup> Ob. cit. p. 2-3. No item 3, o autor tece considerações sobre *Los Orígenes del Nombre*, fazendo um levantamento bibliográfico bastante interessante.

<sup>38</sup> Derecho Procesal Constitucional. 2ª edición, Lima: Editora Jurídica Grijley, 1999, p. 13-14. Itálicos no texto.

Derecho Constitucional Procesal porque se trata de disposiciones que se refieren a la administración de justicia en general. Las segundas, *son normas procesales contenidas en la Constitución cuya finalidad es resolver conflictos en materia constitucional* y que se tramitan en procesos especiales: éstas sirven de fundamento al Derecho Procesal Constitucional”.

Mais adiante, depois de afirmar que “es necesario determinar si efectivamente existen estas dos disciplinas, es decir, el Derecho Constitucional Procesal e Derecho Procesal Constitucional”<sup>39</sup>, RODRIGUEZ DOMINGUEZ escreve que

“la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, estamos todavía en el ámbito del Derecho Constitucional, porque la Constitución es el fundamento del Sistema Jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir que también existe un Derecho Civil Constitucional o Derecho del Trabajo Constitucional (la Constitución tiene normas sobre la familia, la propiedad y normas laborales)”

<sup>40</sup>.

Doutrina ainda que

---

<sup>39</sup> Ob. cit. p. 15.

<sup>40</sup> Idem, p. 15. Observe-se que a posição do autor referido vai em sentido oposto àquele reconhecido pela doutrina, exatamente, ao consagrar um *Direito Constitucional do Trabalho*, um *Direito Civil Constitucional*, *Direito Econômico Constitucional*, etc...

*“en suma, el Derecho Procesal Constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona”*<sup>41</sup>.

Finalmente, conceitua RODRIGUEZ DOMINGUEZ o *Direito Processual Constitucional* como sendo

*“aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la Carta Magna establece”*<sup>42</sup>.

Uma das maiores obras publicadas na Argentina sobre o tema é de autoria de NESTOR PEDRO SAQUÉS, intitulada Derecho Procesal Constitucional<sup>43</sup>. Para ele,

*“el derecho constitucional procesal, en síntese, es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales*

---

<sup>41</sup> Idem, p. 16. Itálico no original.

<sup>42</sup> Idem, p. 17.

<sup>43</sup> Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 volumes, 1989. Nela o autor estuda os institutos do Direito Processual Constitucional, principalmente, o Recurso Extraordinário.



reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal). Entre esas cuestiones procesales pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera) <sup>44</sup>.

Em relação ao Derecho Procesal Constitucional, afirma PEDRO SAQÜES que

“esta rama del mundo jurídico se sitúa en el *derecho procesal*, y atiende a los dispositivos (obviamente jurídicos) procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la *jurisdicción constitucional*, y tiene dos áreas claves: la *magistratura constitucional* y los *procesos constitucionales*” <sup>45</sup>.

CÂNDIDO R. DINAMARCO, entre os autores brasileiros e no livro A Instrumentalidade do Processo <sup>46</sup>, doutrina que

“é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do

---

<sup>44</sup> ob. cit., Tomo I, p. 4.

<sup>45</sup> Idem, p. 4.

<sup>46</sup> São Paulo: Editora RT, 1987, p. 32.

constituente, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pátio constitucional”.

Esta realidade, ou seja, o *conteúdo constitucional-ideológico do processo* na época contemporânea se reflete, até mesmo, na consagração, por um lado, de *normas constitucionais que visam a garantia processual da própria Constituição*, e por outro, de *garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento*. Ademais, a existência de *ações que tem matiz e natureza constitucionais* fez surgir, em nível doutrinário e já com extensa bibliografia, o hoje denominado, por alguns, de *Direito Constitucional Processual*, enquanto outros preferem a expressão *Direito Processual Constitucional*, chegando PAULO BONAVIDES<sup>47</sup> a escrever que

“é de assinalar que com a *publicização* do processo, por obra de novas correntes doutrinárias do Direito Processual Contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados, que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional”.

## **2.1. A posição de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR e os estudos sobre o tema na obra *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.**

Apesar do grande número de monografias e artigos sobre a *Epistemologia* do *Direito Processual Constitucional*, dois trabalhos se nos apresentam como importantíssimos, a saber: o primeiro, de autoria do Professor EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, Derecho procesal constitucional. Origen científico

---

<sup>47</sup>

Direito Constitucional. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 14.

(1928-1956)<sup>48</sup> e o segundo, com Coordenação dos Professores EDUARDO FERRER MAC-GREGOR e ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, intitulado La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional – Estudios en homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO en sus cincuenta años como investigador del derecho, escritos por juristas do mundo inteiro, inclusive, do Brasil.<sup>49 50</sup>

---

<sup>48</sup> Madrid: Marcial Pons, 2008. Vale lembrar (pois já foi dito), que há uma edição brasileira Direito Processual Constitucional - (1928-1956), com adaptação ao novo acordo ortográfico e Prefácio de nossa autoria (Curitiba: Juruá Editora, 2009). Para facilitar aos que nos lerem, as citações a serem feitas serão sempre da edição nacional.

<sup>49</sup> México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. A obra é formada por XII volumes, sendo o n. I dedicado à *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*. Desta obra, foram retirados os trabalhos dos autores brasileiros, e publicado o livro Estudios de Derecho Procesal Constitucional. Homenagem Brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. EDUARDO FERRER-MAC GREGOR y ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coordenadores). Apresentação de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. Em ambos, consta nosso estudo *Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal* (na edição mexicana, p. 361-405 e na edição brasileira, p. 105-147).

<sup>50</sup> Para que se tenha uma ideia das matérias publicadas sobre o tema, na obra editada no México, eis a relação: CÉSAR ASTUDILLO, *Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional*, p. 247-302; JUAN COLOMBO CAMPBELL, *Enfoques conceptuales y caracterización del derecho procesal constitucional a principios del siglo XXI*, p. 317-360; IVO DANTAS, *Teoria do Processo Constitucional: uma breve visão pessoal*, p. 361-405; IVÁN ESCOBAR FORNOS, *Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional*, p. 407-437; ENRIQUE FÁLCON, *El Derecho Procesal Constitucional (Teoría General, Nacimiento y Desarrollo de la Disciplina, Contenido, Autonomía Científica)*, p. 439-458; EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)*, p. 529-657; DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *El Derecho procesal constitucional en expansión (crónica de un crecimiento)*, p. 659-686; OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, *El Derecho Procesal Constitucional como ciencia. Alcance y contenidos*, p. 727-762.

Começemos por uma preliminar de ordem prática: diferentemente do que ocorre com outras áreas do ensino universitário, a formação do futuro Bacharel em Direito traz em si um ponto que a torna ímpar: referimo-nos ao fato de que, enquanto nos demais cursos universitários o estudante defrontar-se-á com um *prolongamento* daquelas disciplinas que já vira no curso secundário, no curso de Direito encontrará ele uma realidade que lhe é, totalmente, inédita, ou seja, que não guarda nenhuma relação com aquelas informações que tivera contato antes de ingressar na Universidade.

Em outras palavras: enquanto, por exemplo, em um curso de Medicina o aluno encontrará, de um lado, algumas disciplinas que lhe são desconhecidas (ex: Cirurgia), por outro, mesmo nestas trabalhará ele através de conceitos que já adquirira em outros campos do conhecimento científico (ex: Biologia); na Engenharia o fato se repete, pois, em última análise, trabalhará ele com elementos que lhe são conhecidos desde os primeiros anos dos bancos escolares, a saber, a Matemática, ao lado da qual, os conhecimentos de Física e Química serão necessários, mas já conhecidos (embora em nível mais elementar), desde muito antes de entrar na Universidade.

Neste quadro, pode-se afirmar que o estudante do curso jurídico seria comparado com um aluno de língua estrangeira, onde, apesar de saber falar a sua, ao iniciar os estudos de uma outra, ingressa em um universo totalmente novo, no qual o primeiro passo a ser obtido, será o conhecimento do vocabulário necessário para o futuro domínio do idioma.

---

Vale insistir que a obra toda tem XII volumes, só com temas relacionados à nossa ciência, podendo-se mesmo dizer que se trata de uma *Enciclopédia sobre o Direito Processual Constitucional*.

Neste sentido, JAVIER PÉREZ ROYO,<sup>51</sup> utiliza de uma simbologia, ao afirmar que o Direito é “*un estudio que se hace en un idioma ‘extranjero’*”, e escreve:

“El Derecho es simultáneamente una ciencia y una ingeniería social y el jurista tiene que contemplar, en consecuencia, su objeto de estudio de la misma manera que el científico y el ingeniero contemplan la naturaleza: de una manera científica y técnica. La diferencia entre unos y otros radica en que, mientras el científico y el ingeniero disponen de instrumentos cada vez más sofisticados para analizar su objeto de estudio, el jurista no dispone nada más que de la palabra”.

E prossegue:

“El jurista tiene además que dominar el lenguaje jurídico. Tiene que acabar moviéndose con comodidad y fluidez en dicho lenguaje, si quiere ejercer su oficio con solvencia. Hacer uso del vocabulario jurídico con precisión es lo que denota la presencia de un buen jurista, lo que diferencia ante todo al buen jurista del que no lo es”<sup>52</sup>.

E finaliza PÉREZ ROYO<sup>53</sup>:

“Justamente por eso, porque el aprendizaje del Derecho es el aprendizaje de un idioma extranjero, es por lo que las

---

<sup>51</sup> Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 1995, p. 17.

<sup>52</sup> ob. cit. pp. 17-18.

<sup>53</sup> idem, p. 18.

técnicas de enseñanza y estudio se asemejan bastante a las técnicas de enseñanza y estudio de un idioma extranjero”.

Neste contacto com a denominada *Linguagem Jurídica*, urge destacar que nela, nem sempre as palavras têm o mesmo valor que no vocabulário comum, formando, por isto mesmo, um **paralóquio** próprio à Ciência do Direito <sup>54</sup>, dentro do qual

“el vocabulario del Derecho Constitucional es el vocabulario jurídico general, básico, que constituye el presupuesto para su diversificación ulterior en las distintas ramas del Derecho. El vocabulario del Derecho Constitucional es el único vocabulario común para todas las ramas del Derecho. Sin él no es posible el aprendizaje del vocabulario jurídico especializado de los demás Derechos” <sup>55</sup>.

Comecemos por uma constatação: o *Direito*, bem como a *Política*, a *História* e a *Economia*, no âmbito das Ciências Sociais, usam a mesma expressão para significar a **realidade** e a **análise** sobre a realidade. Esta particularidade não passou indiferente nas análises de MAC-GREGOR, destacando que o mesmo se utiliza de idêntico raciocínio ao que sempre

---

<sup>54</sup> O tema foi por nós estudado de forma detalhada no artigo Direito Comparado como Ciência, publicado na Revista da Amatra VI, ano 1, nº 1, Recife, abril, 1997, pp. 11-23. Ver, especialmente, p. 14-18.

<sup>55</sup> PEREZ ROYO, ob. cit. p. p. 33.

defendemos, ou seja, possuem dois sentidos para o mesmo vocábulo, a saber, **processo** e **conhecimento**.<sup>56</sup> São suas palavras:

“O direito processual constitucional, como qualquer outro ramo do direito, tem duplo significado. Por um lado, expressa o conjunto normativo diferenciado dentro do ordenamento e, por outro, aquela disciplina jurídica especializada em seu estudo. Como assinala Rubio Llorente, a delimitação destes dois aspectos entre as diversas disciplinas é, em boa medida, resultado da convenção e, por tanto, objeto de debate. **A ciência do direito processual constitucional, ou seja, esse direito considerado em sua segunda conotação acha-se em franca expansão e desenvolvimento, pelo menos na América Latina. Estamos cientes de que o mesmo não sucede no continente europeu, onde fincaram raízes as expressões ‘justiça constitucional’ ou ‘jurisdição constitucional’**”<sup>57</sup>.

Logo a seguir, o autor traz uma questão que, segundo ele, tem preocupado aos constitucionalistas, mas não aos processualistas, ou seja, saber onde se situa o *direito processual*

---

<sup>56</sup> Já em nossa Tese A Teoria do Estado no Quadro do Conhecimento Político, com a qual concorremos à Livre Docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1989) utilizamos a dualidade de sentidos. O texto completo foi publicado pela Del Rey Editora (Direito Constitucional I, 1989, p. 41).

<sup>57</sup> Em ambas as edições, p. 19. Negrito nosso.

*constitucional*, para depois se preocupar com a fundação do próprio DCP<sup>58</sup> isto tudo amparado em uma imensa e atual bibliografia.

Em relação ao primeiro problema, FERRER MAC-GREGOR parte do movimento de autonomia científica, para concluir com o *II Colóquio Iberoamericano de Direito Constitucional*. Assim, escreve que

“Este movimento de autonomia científica não é pacífico na atualidade. Os poucos e importantes autores europeus contemporâneos que, de maneira consciente, incursionaram no estudo da natureza do direito processual constitucional, outorgam-lhe uma clara especificidade constitucional (Häberle); ou têm dúvidas sobre a sua configuração, embora a aceitem como uma modalidade ‘muito *sui generis*’ (Zagrebelsky). Outros, ao refletirem sobre este movimento latino-americano, preferem manter a denominação ‘justiça constitucional’ em lugar de outras conotações e abordagens, ao considerá-la ‘mais dútil e omni-abrangente’ (Pergoraro); sendo escassas as posturas a partir de uma visão mais aproximada à teoria processual (D’Amico)”.<sup>59</sup>

E prossegue o autor, em texto mais ou menos longo, porém, esclarecedor:

---

<sup>58</sup> Doravante ao nos referirmos ao *Direito Processual Constitucional* só utilizaremos a abreviatura DPC. No caso inverso, ou seja, *Direito Constitucional Processual* a abreviatura será DCP.

<sup>59</sup> Em ambas as edições, p. 19-20.



“É comum, entre os juristas europeus, utilizar a expressão ‘direito processual constitucional’ como sinônimo de ‘justiça constitucional’ (Pizzorusso; Romboli; Ruggeri; Spadaro), para mencionar somente a importante corrente italiana e, especialmente, o *Grupo di Pisa*, cujos encontros científicos, desde a década de noventa, têm tido repercussões importantes sobre a *giustizia costituzionale*. Seu estudo se realiza, essencialmente, a partir da óptica de ciência constitucional estritamente, motivo pelo qual são os constitucionalistas seus principais cultivadores, apesar do reconhecimento da existência de um ‘processo constitucional’ e de que, na atuação da Corte Constitucional, há manifestações próprias do direito processual. Esta perspectiva entende que a ‘jurisdição ou justiça constitucional’, *justice constitutionnelle* ou *giustizia costituzionale* (como se prefere denominar na Espanha, França e Itália) faz parte do direito constitucional e, dentro dela, deve ser estudada sem preocupação, visto que é considerada um ‘ramo autônomo do direito constitucional’, ou seja, que pode ter ‘autonomia científica constitucional’. Nas palavras de Lúcio Pegoraro, ‘*não há nenhum interesse em opiniões novas ou diferentes sobre esse tema*’. Ao refletir sobre a questão, Zagrebelsky assinala ‘*pelo que me consta, a*

*fórmula direito 'processual constitucional', embora não seja usada com frequência, não entrou, até agora, no léxico jurídico utilizado habitualmente. Além disso, nos casos em que se faz uso desta fórmula, não parece que seja com particular e intencional riqueza conceitual'. E, sob esse crivo de pertencer àquilo que é estritamente constitucional, aparece como um capítulo separado nos livros de texto, nos programas de estudos universitários ou nos congressos gerais sobre direito constitucional".<sup>60</sup>*

Prosseguindo, as análises de MAC-GREGOR transferem-se para a Ibero-América, nos seguintes termos:

*“Observa-se também que essa tendência no âmbito ibero-americano desde o II Colóquio Iberoamericano de Direito Constitucional, cuja temática central foi La Jurisdicción Constitucional em Iberoamérica, celebrado na cidade de Sochagota, Colômbia, de 7 a 11 de novembro de 1977 e dos Congressos Ibero-Americanos ou congressos mundiais de Direito Constitucional, ao abordar em suas temáticas, a justiça constitucional ou judicial review como parte desta disciplina. Não obstante, no I Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 1975), enfatizou-se a necessidade da vinculação*

---

<sup>60</sup> O texto transcrito, nas duas edições, se encontra às páginas 20-23. Vale mencionar, que cada autor citado por FERRER MAC-GREGOR, tem uma nota de pé de página com referência ao local exato onde se encontra a posição exposta pelo citado.

entre os ramos do direito constitucional e do direito processual, ao refletir, em uma das conclusões do evento: “É necessária uma aproximação maior entre os constitucionalistas e os cultivadores do processualismo científico, a fim de estudar mais profundamente e de maneira integral as matérias que correspondem às zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do organismo judicial”.<sup>61 62</sup>

Em verdade, esta localização da disciplina no âmbito do *Direito Constitucional* e/ou do *Direito Processual* ainda é tema bastante discutido. Em nosso entender, o critério de verificar historicamente o tratamento que é dado ao tema, é de suma importância, daí porque voltamos a dar a palavra a MAC-GREGOR, que ainda na obra mencionada observa:

“Do campo do processualismo pouca atenção lhe foi dada, como se observa nos congressos mundiais e ibero-americanos de direito processual. Alguns colóquios ou congressos internacionais relacionaram-se à temática, devido à influência de Couture ou Cappelletti. Nas jornadas Ibero-americanas tem sido especialmente estudado o tema do amparo ou garantias constitucionais do processo, propiciando inclusive que fossem propostas umas ‘Bases Uniformes para um Amparo

---

<sup>61</sup> Idem, ob. cit. p. 23.

<sup>62</sup> Interessante é a obra coordenada por VICTOR BAZÁN, Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, Tomos I e II.

Latino-Americano’, ou umas ‘Bases constitucionais para um processo justo’. Somente nas *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas em Caracas (2004), um dos temas específicos foi o ‘direito processual constitucional’ e nas *XXI Jornadas Iberoamericanas* uma parte foi dedicada aos ‘Processos Constitucionais’. O pouco interesse e desenvolvimento que demonstram os processualistas resultam paradoxal, se considerarmos que, como veremos mais adiante, as origens científicas da disciplina foram estabelecidas por eminentes processualistas que tiveram a percepção do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico e da criação de processos e jurisdições especializadas no aspecto constitucional. Isto provocou sua aproximação à ciência constitucional, à luz do penetrante pensamento iniciado por Kelsen em seu famoso artigo de 1928”.<sup>63</sup>

Prosseguindo no tempo, MAC-GREGOR adianta sua posição, ensinando:

“Diante destas duas posturas de ‘apropriação’ e de ‘ausência’, no novo milênio observa-se uma crescente aproximação entre constitucionalistas e processualistas, ao tratar de consolidar o direito processual constitucional como disciplina jurídica autônoma. Nesse

---

<sup>63</sup> Idem, obs. cit. p. 24-25.

diálogo interdisciplinar, que tenta abrir novos enfoques para a disciplina, podemos, em geral, advertir duas posturas de autonomia: uma vertente, que a considera ‘autônoma mista’, estima que deve ser construída sob os conceitos, métodos e estruturas do direito constitucional e do direito processual. Esta postura, atraente sem lugar a dúvidas, deve levar-nos a pensar se, realmente, existem disciplinas jurídicas ‘mistas’, ou se a tendência contemporânea de qualquer matéria é o enfoque multidisciplinar, independente da sua própria natureza de pertencer a um ramo jurídico em particular. Uma segunda corrente, apresentada por Fix-Zamudio desde 1955-56, defende a ‘autonomia processual’, tratando de estabelecer seus princípios e fundamentos como ramo de natureza processual, de tal maneira que ele seja tão autônomo quanto o direito processual civil ou processual penal o são do direito civil ou penal. Em geral, esta corrente considera que, embora o direito processual constitucional comparta os conceitos tradicionais da teoria do processo, conta com particularidades e categorias próprias a ser construídas e, especialmente, a ser diferenciadas do tradicional processo civil que contribuiu para estabelecer as bases gerais do processo para, então, avançar às categorias

caracterizadoras do processo constitucional. Sob este último enfoque, inclusive, distinguem-se os posicionamentos tradicionais e os que pretendem introduzir novas variantes à teoria do processo, tratando de ‘compartilhar’ ou de estabelecer ‘categorias comuns’ entre as duas disciplinas tradicionais ou então construir ‘categorias próprias’, utilizando as já existentes no direito processual, além de uma aproximação importante ao direito constitucional, para afiançar a formação científica e autônoma do direito processual constitucional”.

## 2.2. Outras posições

Os aspectos epistemológicos objeto de nossas considerações, tem preocupado inúmeros doutrinadores em monografias específicas ou em capítulos de livros, o que se explica, dentre outros motivos, pelo nascimento recente de nossa ciência e sua autonomia em termos de disciplina ministrada em nossas universidades. Corrobora nossa afirmativa, a existência da coleção *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, atualmente com mais de 100 monografias <sup>64</sup>, das quais inúmeras tratam destes aspectos epistemológicos.

Assim, preocupado com os aspectos epistemológicos de nossa área de estudos, GUMESINDO GARCÍA MORELOS escreveu sua Introducción al Derecho

---

<sup>64</sup> Este texto foi escrito em 22.02.2014.

procesal constitucional <sup>65</sup>, em cujo Prólogo ensina DOMINGO GARCÍA BELAUNDE:

“En efecto, hablar de ‘justicia constitucional’ es lo mismo que hablar de ‘justicia civil’ o de ‘justicia penal’, rótulos interesantes, pero que ya no se utilizan, pues han sido remplazados por los de ‘proceso civil’ o ‘proceso penal’, respectivamente. Y utilizar el de ‘jurisdicción constitucional’ tampoco es enteramente acertado, pues se refiere solo a una faceta, que es la facultad-dever del Estado de resolver conflictos. Pero deja de lado todo o referente a los procesos y a la magistratura. Pero es evidente que aun con esos inconvenientes, nos entendemos cuando hablamos de esos temas y usamos esos membretes. Lo importante, sin embargo, es que en los últimos años ha crecido el interés en usar un nuevo vocábulo, más moderno en mi opinión, como es el de ‘derecho procesal constitucional’, lo cual queda claro por cuanto en el fondo se trata de ‘procesos’ a través de los cuales se buscan objetivos relacionados con el mundo constitucional y su defensa” <sup>66</sup>.

Adiante, GARCÍA MORELOS faz referência ao que foi dito por FERRER MAC-GREGOR em relação ao uso das

---

<sup>65</sup> México: segunda edición, UBIJUS Editorial, 2009, p. 14. O Prólogo traz interessantes informações sobre a evolução de nossa ciência.

<sup>66</sup> Ob. Cit. p. 14.

expressões mencionadas (DCP x DPC) e as opções em termos de continentes, nos seguintes termos:

“El nombre, sin lugar a dudas nuevo ha despertado seguimientos, pero el movimiento a su favor se da, de manera preferente, en la América Latina <sup>67</sup>. En Europa (sobre todo en España, Francia e Italia) lo que predomina es el uso de ‘justicia constitucional’, si bien es cierto que hay notables excepciones” <sup>68</sup>

Trazida à colação a divergência doutrinária que envolve as expressões *Justiça Constitucional*, *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, inclusive quanto a necessidade de que haja uma aproximação entre constitucionalistas e processualistas, enfrentemos uma questão objetiva, ou seja, qual delas é a melhor? E mais: a utilização de uma ou outra expressão implicará em que cada uma tenha seu objeto próprio? Todas estas questões serão analisadas ao longo de todo o texto, para, ao seu final, quando apresentarmos **Nossa Opinião**, esclarecermos de modo didático, quais as matérias que ocupam o campo do *Direito Processual Constitucional* e o âmbito do *Direito Constitucional Processual*.

Em estudo intitulado Los Desafios del Derecho Procesal Constitucional <sup>69</sup> NESTOR PEDRO SAGÜES, traz ao palco da discussão um elemento novo, ou seja, a *certidão de nascimento* de ambas as expressões, embora observe que “no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho Procesal”, aponta que “los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano ‘de

---

<sup>67</sup> Relembrando que na América Latina a preferência é pela expressão *Direito Processual Constitucional*.

<sup>68</sup> Ob. Cit. p. 14.

<sup>69</sup> In VICTOR BAZAN (Coordinador) Desafios del Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 21-41.



*homine libero exhibendo*’, prelude del ‘*habeas corpus*’ inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215)”.

Em seguida, tendo feito um levantamento do *Direito Processual Constitucional na América Latina*, reconhece um amplo crescimento do mesmo, tanto em nível de graduação como de pós-graduação, pelo que “la cuestión es, pues, propicia para reflexionar sobre los principales retos que hoy afrontan la asignatura”. Em seguida, SAGÜES aponta o *desafío espacial* como o principal dos desafios. E escreve:

“aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el Derecho Procesal Constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. Dónde comienza y dónde termina? Cuáles son su perfil y su relieve?”<sup>70</sup>

E prossegue:

“Hay en este punto dos posturas claves, cada una con sus variantes: **A)** – La versión mínima del **Derecho Procesal Constitucional** lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: **la jurisdicción constitucional**<sup>71</sup>. Para esta concepción, el Derecho Procesal Constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que

---

<sup>70</sup> Ob. cit. p. 23-24.

<sup>71</sup> Idem, p. 24. Negritos nossos. O texto é relativamente longo, mas de leitura bastante útil.

custodían la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es. En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes recursos y trámites que se ventilan ante aquél, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución. Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del Derecho Procesal Constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión ‘proceso constitucional’ sólo para determinada clase de procesos: los especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como – por ejemplo – la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), el habeas corpus, el amparo o el habeas data. Aun, así, el problema no está de todo resuelto. Que

decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad, como por ejemplo el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus Salas (la de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al Presidente o a otros funcionarios federales? Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan al mismo? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al Derecho Procesal Constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el Derecho Constitucional y la disciplina que nos ocupa”<sup>72</sup>. **B)** – Pero hay otra región más debatida. Aludimos al **Derecho Constitucional Procesal**, sector del Derecho Constitucional que trata de los **principios constitucionales regulatorios del proceso**<sup>73</sup>. Las reglas de la Constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina exclutoria del

---

<sup>72</sup> Em nota de rodapé, o autor faz referência a uma *jurisdicción constitucional parlamentaria* e indica a consulta a BISCARETTI DI RUFFIA, em seu Direito Constitucional.

<sup>73</sup> Ob. cit. p. 25. Negrito nosso.

‘fruto del árbol venenoso’ (*fruit of the poisonous tree*)<sup>74</sup>, que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las ‘sentencias arbitrarias’ como opuestas a la Constitución, etcétera<sup>75</sup>.

Depois de todas estas considerações, SAGÜES, sob a forma conclusiva, ensina:

“Claro está que si se añade al Derecho Procesal Constitucional todo el Derecho Constitucional Procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante. En aras de comprender esta situación de indefensión, puede decirse que como

---

<sup>74</sup> JUAN RAMÓN CAPELLA é autor de um livro com o título Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado (Madrid: Editorial Trotta, 1999). Há uma tradução brasileira (Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

<sup>75</sup> Ob. cit. p. 26.

disciplina joven que es, el Derecho Procesal Constitucional sufre, al modo de un adolescente, un período de crisis de identidad y de falta de madurez que sólo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir este reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo”<sup>76</sup>.

Otro autor argentino, AUGUSTO MARIO MORELLO, em livro intitulado Constitución y Proceso - La Nueva Edad de las Garantías Jurisdiccionales<sup>77</sup>, escreve que

"acerca de las fronteras un poco huidizas entre el 'Derecho Procesal Constitucional' y el 'Derecho Constitucional Procesal', se ha hecho notar el deslinde acordando a la primera de esas disciplinas (dentro de la ciencia del proceso) lo que atañe a la 'justicia constitucional', estableciendo instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, lo que incluye una jurisdicción especializada como la Corte o el Tribunal constitucional, idea originaria de Kelsen, plasmada en la Constitución austríaca de 1920. Resplandece la 'jurisdicción constitucional de la libertad' (CAPPELLETTI) como referida a los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales consagrados en la

---

<sup>76</sup> Idem, p. 26-27.

<sup>77</sup> Buenos Aires: Librería Editora Platense - Editorial Abeledo Perrot. 1998, p. 36.

Constitución: amparo, habeas corpus, que deben jugar de una manera directamente operativa y en el tratamiento de los límites de los órganos del Estado y de sus relaciones cuando se suscitan conflictos de poderes. A su vez, contenido del ‘Derecho Constitucional Procesal’ (en la órbita del Derecho Constitucional) son las categorías procesales específicas que se han elevado a normas constitucionales para reforzar en concreto garantías de la audiencia y del debido proceso: el acceso a la justicia, el derecho a la justicia o a la jurisdicción, las garantías del juez natural, independiente, imparcial, inamovible, etc (acuñadas por COUTURE)".

No Brasil, a questão vem sendo objeto de reflexões há várias décadas. Assim, para JOSÉ FREDERICO MARQUES <sup>78</sup>,

“pode-se falar, também em *Direito Processual Constitucional* como o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdiccional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o *Direito Constitucional Processual* que trata das normas do processo contidas na Constituição”.

ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA,  
ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R.

---

<sup>78</sup> Manual de Direito Processual Civil. 1ª edição atualizada, Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, vol. I, p. 30-31. Itálicos nossos.

DINAMARCO <sup>79</sup>, por sua vez, utilizam-se apenas da expressão *Direito Processual Constitucional*, entendido como “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, após o que doutrinam:

“Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional –prosseguem– abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional”.

Depois de aceitar a posição adotada pelos autores referidos, CÂNDIDO R. DINAMARCO em seu já citado estudo A Instrumentalização do Processo <sup>80</sup> assume uma posição bastante interessante, ao estabelecer as relações entre processo e Constituição, as quais, em seu entender, revelam

“*dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) – no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) – no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da

---

<sup>79</sup> Teoria Peral do Processo. 18ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 79.

<sup>80</sup> São Paulo: Editora RT, 1987, p. 25.

constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”.

Discutindo as expressões *Direito Constitucional Processual* e *Direito Processual Constitucional*, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA<sup>81</sup> observa que

"apesar de os autores não explicitarem os fundamentos da dualidade de denominações, o que seria indispensável por não se tratar de algo evidente, as razões que lhe estão subjacentes são as seguintes: a) - os que usam a expressão ‘direito constitucional processual’ fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas *constitucionais* que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual é assim um conjunto de normas *constitucionais* fixadoras de princípios sobre o processo; b) - por sua vez, os que optam pela expressão ‘direito processual constitucional’ fazem-no por entenderem ser o mesmo constituído de normas *processuais* embutidas na Constituição. O

---

<sup>81</sup> Teoria Geral do Processo. 5ª edição, revista e aumentada, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 57.



direito processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza *processual*, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental. É a denominação preferida pela dogmática tradicional".

Adiante, afirma o autor que opta

"pela expressão 'direito constitucional processual' por entender (a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práticas jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito" e (b) ser a denominação 'direito constitucional processual' fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que, decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional, depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como

é a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais" <sup>82</sup>.

Finalmente, arremata:

"No entanto, a expressão 'direito processual constitucional' pode ser conservada para designar as normas que regulam o chamado *processo constitucional*, ou certos institutos de Direito Constitucional, como a ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção etc. A análise das diferentes normas constitucionais que formam o direito constitucional processual mostra que seu conteúdo é constituído, entre outros, pelos seguintes setores constitucionais: **a)** - o inteiro capítulo III, título IV, que trata do Poder Judiciário; **b)** - o inteiro capítulo IV, título IV, sobre o Ministério Público, Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública; **c)** - princípios e normas sobre a participação popular na função jurisdicional (art. 5º, XXXVIII, e art. 98); **d)** - o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); **e)** - princípios e normas que tratam dos poderes-deveres dos juízes e direitos fundamentais das partes no processo (art. 5º, XXXVI a LXVII, entre outros)" <sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Teoria Geral do Processo, p. 58-59.

<sup>83</sup> Idem, p. 59.

JOSÉ DA SILVA PACHECO no seu clássico livro O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas<sup>84</sup> escreve:

"quando se fala em direito processual constitucional ou em direito constitucional processual - e de uns tempos para cá vem se falando muito - tem-se em vista uma série de questões, sobre as quais não há, por enquanto, pacífico entendimento. Pode-se visualizar o assunto sob quatro aspectos: a) - ao se tratar de questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado da sua proveniência; b) - ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) - ao se elucidar matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob influência do princípio constitucional, o que justifica acrescer àquele este qualificativo; d) - ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-

---

<sup>84</sup>

3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora RT, p. 73.

se estudo de direito constitucional processual".

Seguindo, esclarece SILVA PACHECO <sup>85</sup> que "em síntese, pode o direito processual constitucional ter em vista: a) - *os processos de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos da administração pública*, que hoje em dia, são previstos em muitas Constituições, mas que pode até não ser, como ocorre nos Estados Unidos, com o *public review*, e que nem por isso deixam de ter conotação constitucional; b) - *os processos para proteger ou garantir os direitos, liberdades e garantias fundamentais, declarados ou reconhecidos na Constituição*; c) - *os processos para dar cumprimento às disposições constitucionais*; d) - *a jurisdição orgânica constitucional*; e) - *os princípios e normas constitucionais aplicáveis nos diversos processos comuns*; f) - os processos para as ações constitucionais típicas".

Sem dúvida alguma, em qualquer que seja a perspectiva sob a qual se estude o *Processo na Constituição*, o ponto fundamental é a análise do *devido processo legal*, até porque este é princípio fundamental ao denominado *Estado Democrático de Direito*. Neste sentido, referindo-se aos desdobramentos do *devido processo legal*, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*Proceso Constitucional en Brasil* <sup>86</sup>), com base em lição de EDUARDO J. COUTURE, doutrina: "A tutela do processo efetiva-se pelo

---

<sup>85</sup> Ob. cit. p. 73-74. Itálicos nossos.

<sup>86</sup> In GARCIA BELAUNDE, D. – FERNANDES SEGADO, F. (Coordinadores), La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica. Madrid: Dykinson S. L, 1997, p. 441-442.

reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”.

E, mais adiante, prossegue OLIVEIRA BARACHO:<sup>87</sup>

“Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais”.

Dentre os autores brasileiros mais recentes, MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA (Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional –

---

<sup>87</sup> O primeiro trabalho publicado no Brasil sobre o tema foi o de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO como tese de concurso na UFMG. Em 1984, publicou pela Editora Forense o livro Processo Constitucional, de certo modo baseado na Tese; No ano de 1999 publicou o trabalho Teoria Geral do Processo Constitucional, no livro *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel* (São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 339-414)), bem como em *Direito - Revista da Faculdade Mineira de Direito* (V. 2, N. 3 e 4 1º e 2º Sem., p. 89-154). Por fim, poucos anos de sua morte, publicou pela Editora Fórum (2066) o livro Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos, sem dúvida alguma o trabalho individual mais completo sobre o tema.

Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade<sup>88</sup>),

“o *Direito Constitucional Processual* seria formado a partir dos princípios basilares do ‘devido processo’ e do ‘acesso à justiça’, e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc... Já o *Direito Processual Constitucional* seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à ‘Garantia da Constituição’ e à ‘Garantia dos direitos fundamentais’, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, ‘Habeas Corpus’, ‘Amparo’, ‘Mandado de Segurança’, ‘Habeas Data’, etc...”

Em seguida, de forma correta, observa o autor  
que

---

<sup>88</sup> In JP – *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*. Belo Horizonte: junho de 2000, ano 2, n. 13, p. 6.

“esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões: 1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’; 2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro ‘Modelo Constitucional do Processo’, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal”<sup>89</sup>.

Em outro estudo, intitulado Uma Justificação Democrático-Radical da Jurisdição Constitucional Brasileira e a

---

<sup>89</sup>

Idem, p. 6.

Inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.686/99: um ensaio crítico<sup>90</sup>, ainda MARCELO CATTONI, depois de repetir as mesmas posições já mencionadas, escreve:

“No Brasil, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de “comando” eivado de inconstitucionalidade. Nesse sentido é que José Luiz Quadros de Magalhães afirma: ‘No Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional’. Não estamos em Weimar. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança, o ‘Habeas Corpus’, o Mandado de Injunção nada mais são do que meios processuais especiais, complementares, e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve

---

<sup>90</sup> Texto enviado ao autor, através de *e-mail*, em 18.09.2001, p. 16-17. Consulte-se do mesmo autor, o livro Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.



através deles não cria um ‘estado de exceção’ e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de um presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores. Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional a ponto de se chegar a distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. *Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregar o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário, etc...*<sup>91</sup> É preciso pontuar, a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada. No Direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a

---

91

Itálico nosso.

constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores. No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. Não é sem motivo o fato de que para nós, assim como para os norte-americanos, a decisão judicial é declaratória e com efeitos retroativos; a decisão é o resultado

do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece a uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso." <sup>92</sup>

Analisando o *direito constitucional processual e a supremacia da sua auto-suficiência* <sup>93</sup>, NETÔNIO B. MACHADO observa que

"impende, pois, distinguir entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: enquanto este último é processual constitucional porque o Texto Fundamental possibilita o pronunciamento do judiciário, aquel'outro é constitucional processual na medida em que é alçado à condição de garantia fundamental de direitos, assimilando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios dirigidos a valores ali consagrados e que devem ser maximizados pelo operador do Direito, construindo os caminhos para tanto sob o balizamento exclusivo da Magna Carta, com o fim supremo de concretizar sua vontade, só por ela regradada. Se é verdade que, como regra, o processo (qualquer processo, geral ou constitucional) é instrumentalizador da realização de um

---

<sup>92</sup> Vale lembrar que com as Leis n°s 9.868, de 10.11.99 e 9.882, de 03.12.99, ficou prevista a possibilidade de *efeitos ex nunc* e de *efeitos pro-futuro*.

<sup>93</sup> In artigo intitulado *Da Inidoneidade da Incidência de Prazo Decadencial em Mandado de Segurança - Compreensão do Problema*. Inédito, texto fornecido pelo autor, p. 9-10.

direito material (geral ou constitucional), também é verdade que alguns processos do direito constitucional encerram em si mesmos um cerne de conhecimento, de materialidade, de garantia. Em tais hipóteses, o processo constitucional reveste-se de autonomia e esta se hierarquiza na majestade da própria supremacia da Constituição para a tutela básica de direitos subjetivos fundamentais, sem perder de vista os princípios gerais de direito processual, desde que não comprometam o fim superior dessa categoria de processo constitucional, pois os quadros do Estado de Direito não foram plasmados por diletantismos, mas para, entre outros fins, a concretização dos direitos fundamentais prefigurados na Constituição, vistos e trabalhados sob uma pauta de otimização".

Depois de demonstrada esta ascensão da matéria processual para o nível constitucional e suas repercussões terminológicas, cumpre-nos fazer referência ao artigo de JOÃO BATISTA LOPES (Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil <sup>94</sup>), no qual escreve:

“Que sentido, porém, se deve emprestar à locução *Constitucionalização do processo civil*? A primeira impressão que se colhe é a de que se cuidaria de nova disciplina jurídica, a par de tantas já existentes em nossas

---

<sup>94</sup> In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 119, ano 29, julho/agosto, 2004, p. 29-39.

grades curriculares. Tal orientação é admissível, inquestionavelmente, mas é possível analisar a questão sob outra perspectiva, isto é, de que a constitucionalização do processo signifique apenas um método de trabalho, uma nova postura do processualista: estudar o processo civil com os olhos voltados para a Constituição. Esse método de estudo tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Artigo citado, p. 30. Mais adiante (p. 32), o Autor afirma: “... fácil é perceber o risco da supervalorização dos princípios constitucionais do processo. Por exemplo, a sacralização do princípio do contraditório pode comprometer a efetividade do processo; a proibição absoluta das provas ilícitas pode manter na cadeia um inocente; interpretação literal do princípio da isonomia levaria a tratar igualmente pessoas capazes e deficientes físicos etc.

A supervalorização dos princípios constitucionais do processo acarreta também o risco de desprezar por completo a legislação processual como se todas as causas pudessem ser resolvidas com aplicação direta da Constituição. A invocação de princípios constitucionais não pode erodir normas técnicas e requisitos necessários ao desenvolvimento do processo (por exemplo, os prazos processuais não podem ser desprezados; as condições da ação (*rectius*, requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito) não podem ser dispensadas; a exigência de prova escrita, na ação monitória, é inafastável etc)” - conclui.

Na verdade, nenhum estudioso do *Direito Constitucional Processual* defendeu (pelo menos que tenhamos conhecimento a respeito) a desnecessidade da legislação infraconstitucional. O que sempre se defende é que as normas que

Por fim, vale observar que para HÉCTOR FIX-ZAMUDIO <sup>96</sup> são quatro os setores dentro desta nova disciplina, a saber: 1) – Jurisdição; 2) – Garantias Judiciais; 3) – Garantias das Partes e 4) – Formalidades essenciais do procedimento.

Em seu clássico livro Direito Constitucional e Teoria da Constituição <sup>97</sup>, J. J. GOMES CANOTILHO discute os conceitos de *Direito Processual Constitucional* e de *Direito Constitucional Processual*, além de se referir ao *Direito Processual Judicial*.

Para ele, o *Direito Processual Constitucional* compreende *dois sentidos*, sendo um *amplo* e outro *restrito*. No primeiro (*sentido amplo*),

"entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional (cfr. CRF, artigo 221º)".

Em *sentido estrito*, o *Direito Processual Constitucional* "tem por objecto o **processo constitucional**. O **processo constitucional** reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos

---

a compõem, quando fundadas em princípio e/ou norma constitucional, não poderão ser relativizadas, mas sim, considerada, respeitada e aplicada em sua inteireza.

<sup>96</sup> Artigo intitulado Reflexiones sobre el Derecho Constitucional Procesal Mexicano. Cf. FAVELA, artigo citado, p. 29.

<sup>97</sup> 5ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2002.

normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o *processo de fiscalização da inconstitucionalidade* de normas jurídicas (cfr. CRP, artigo 223º/1)" <sup>98</sup>.

A seguir, observa GOMES CANOTILHO que

o

"*direito processual constitucional*, seja em sentido amplo seja em sentido restrito não deve confundir-se com o *direito constitucional processual* <sup>99</sup>. Neste sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Alude-se aqui ao *direito constitucional processual penal* ou *constituição processual penal*. A doutrina refere também o *direito constitucional processual administrativo* ou *constituição processual administrativa* para dar ordenação ao conjunto de regras e princípios constitucionais processualmente relevantes para o julgamento de litígios respeitantes a relações jurídico-administrativas e fiscais (cfr, sobretudo, o art. 268º da CRP). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o *direito constitucional processual civil* ou *constituição processual civil* para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou

---

<sup>98</sup> Ob. cit. p. 955. Negritos no original.

<sup>99</sup> Idem, p. 956.

civis. Por outro lado, existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem *direitos fundamentais constitucionais*, constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual”<sup>100</sup>

Finalmente, afirma CANOTILHO que

"o direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um ***paradigma processual*** na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo”<sup>101</sup>.

Interessante na posição do constitucionalista português é a referência que faz ao *Direito constitucional judicial* quando escrever:

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 956.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 957. Negrito no original.



"não se deve confundir direito processual constitucional com ***direito constitucional judicial***. Embora haja muitos pontos de contactos, os dois têm objectos diferentes. O direito constitucional judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais"<sup>102</sup>.

### ***3. O Direito Comparado, o Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual***

Nos dias atuais, os estudos do *Direito Comparado* estão se desenvolvendo e fazendo-se presentes em todas as áreas do conhecimento jurídico. Contudo, poucos são os que enfrentam os aspectos teóricos desta seara dos estudos jurídicos, muito embora o digam que o praticam, fazendo constar a expressão, inclusive, em títulos de artigos, monografias ou livros de autoria individual ou coletiva.

Deste comportamento (ausência de considerações epistemológicas) distancia-se o já tantas vezes citado EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, desta feita em artigo intitulado El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado) e no qual dedica boa parte de seu texto, a estas reflexões, tratando dos mesmos temas que estudamos em nosso livro O Novo Direito Constitucional

---

<sup>102</sup>

Ibidem, p. 957. Negrito no original.

Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia<sup>103</sup>, especialmente no capítulo intitulado *Dereito Comparado como Ciência*, cujo texto, devidamente adaptado será utilizado para nossas considerações neste instante<sup>104</sup>.

Referência especial pode ser feita a ROBERTO SCARCIGLIA, Catedrático de Derecho Constitucional Comparado na Universidade de Trieste, autor de importante livro que aborda as questões epistemológicas, e intitulado Introducción al Derecho Constitucional Comparado.<sup>105</sup>

### 3.1. A expressão ‘*Dereito Comparado*’

FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES em sua Introducción al Derecho Comparado<sup>106</sup>, além de reconhecer a existência de uma *flexibilidad terminológica* no estudo do Direito

---

<sup>103</sup> 3ª edição totalmente revista, atualizada e aumentada, Curitiba: Juruá Editora, 2010.

<sup>104</sup> Um dos autores que mais têm feito estudos comparados é FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, do qual, se pode fazer referência, dentre muitos outros: *La Jurisdicción Constitucional en América Latina. Evolución y Problemática desde la Independencia hasta 1979* Revista do Curso de Direito - SOPECE. Recife, ano 4, nº 1, 2002, p. 33-100; *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984; *La Justicia Constitucional una visión de Derecho Comparado*. Tomos I, II e III, Madrid: Dykinson, 2009; *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, número 4, julho/dezembro de 2004, p. 145-208; *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. Porto Alegre: Revista Direito Público. Ano I - nº 2 – Out-Nov-Dez/2003, p. 55-82.

<sup>105</sup> Madrid: Editorial Dykinson, 2011. Entre nós, nesta linha de análise epistemológico, poder ser citado o livro de SORAYA LUNARDI, Teoria do Processo Constitucional – análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

<sup>106</sup> Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 95.

Comparado, fala-nos de um uso inadequado da expressão, ao escrever que

“antes de examinar el problema tan debatido del concepto del derecho comparado, conviene hacer unas observaciones acerca de la expresión *derecho comparado* y de las otras denominaciones que se han empleado en un sentido equivalente. *Derecho Comparado* es la expresión consagrada por el uso, especialmente en los países latinos, en los de lengua inglesa y también en los países escandinavos y eslavos. Y, sin embargo, los autores contemporáneos coinciden en considerar esta expresión inadecuada y prestándose a confusión, porque puede hacer creer que se trata de una rama del derecho que trata de una materia determinada, como es el sentido de las expresiones derecho civil, derecho penal, derecho comercial, etc”.

No mesmo sentido, PIERRE ARMINJON, BARON BORIS NOLDE e MARTIN WOLFF, em seu Traité de Droit Comparé <sup>107</sup> ensinam que

“l’expression droit comparé est à première vue peu satisfaisante, elle ne donne pas une idée claire de la chose qu’elle désigne. Elle implique une comparaison, mais sans en indiquer les termes. On pourrait croire qu’il s’agit de comparer les diverses

---

<sup>107</sup>

10.

Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Tome I, 1950, p.

branches du droit: droit civil, droit commercial, droit maritime, droit administratif, droit pénal, ou bien de comparer le même système de droit à diverses époques de son évolution”.

Ainda sobre esta inadequação nos fala RENÉ DAVID em seu Tratado de Derecho Civil Comparado - Introducción al Estudio de los Derechos Extranjeros y al Metodo Comparativo<sup>108</sup>, quando afirma que

“la expresión *Derecho Comparado* por evocar una analogía entre diversas ramas del Derecho positivo que constituyen otras tantas ramas de la ciencia jurídica, es una expresión desafortunada que habria sido mejor y valdría la pena evitar. Muchas discusiones ociosas se habrian evitado si en lugar de emplearla se hubiera hablado, con ciertos autores, bien de comparación de Derechos, bien de método comparativo”.

Aliás, dentre os que preferem substituir a expressão ‘*Direito Comparado*’ por ‘*Comparação de Direito*’, cumpre lembrar ALBERTO TRIPICCIÓN, que denomina seu livro de La Comparazione Giuridica, nele estabelecendo, uma verdadeira *Teoria do Direito Comparado*, além de encetar análises dos sistemas soviético e islâmico do Direito. A mesma opção acontece com A. J. VAN DER HELM e V. M. MEYER no livro Comparer en Droit<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 5.

<sup>109</sup> Padova: CEDAM, 1961; HELM e MEYER, ob. cit., Strasbourg, Cerdic-Publications, 1991.

H. C. GUTTERIDGE (Le Droit Comparé - Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit<sup>110</sup>), apoiando-se em LEE, entende que

“l'expression *droit comparé* est une expression étrange. Son étrangeté apparaît lorsque l'on s'efforce de la définir ou de préciser ses rapports avec d'autres branches de la connaissance”. Une bonne part de l'atmosphère de doute et de suspicion qui entoure l'étude du droit comparé et qui, dans le passé, s'est tant opposée à son développement disparaîtrait, s'il venait à être reconnu par tout le monde que l'expression 'droit comparé' désigne une méthode d'étude et de recherche, et que le droit comparé n'est pas une branche ou une division spéciale du droit. Si par 'droit' nous entendons un corps de règles, il est évident qu'il n'existe pas une telle chose que le droit comparé. Il n'existe pas une branche particulière du droit appelée 'droit comparé' dans le même sens qu'il y a un 'droit de la famille', ou un 'droit maritime' ou d'autres divisions dans lesquelles on s'entend pour grouper les règles de droit en vigueur, relatives à une matière déterminée. Les mots 'droit comparé' ne recouvrent rien...”<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953. Há uma tradução do Instituto de Derecho Comparado (Barcelona, 1954).

<sup>111</sup> ob. cit. pp. 17-18.

Ora, se atentarmos que o *Direito Comparado* é ramo do conhecimento sobre a realidade que denominamos de *processo* (= ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão, a qual equivale, em essência, ao que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que podemos traduzir como “*comparação de direitos*”<sup>112</sup>.

Referindo-se a expressão alemã, CAÑIZARES<sup>113</sup> chega a dizer que é “más afortunada”, pois

“indica comparación de derechos, y por lo tanto, da una idea más exacta de lo que en realidad es lo que denominamos derecho comparado, que es la comparación de sistemas jurídicos distintos y no un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada”.

### 3.2. ‘Direito Estrangeiro’, ‘Legislação Comparada’ e ‘Direito Comparado’

Além das denominações já referidas ‘*Direito Comparado*’ (Derecho Comparado, Droit Comparé, Diritto Comparato, Comparative Law) e ‘*Rechtsvergleichung*’, outras são utilizadas, embora tragam em si impropriedades e um crescente desuso: *Direito Estrangeiro* e *Legislação Comparada*<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> ANA LUCIA DE LYRA TAVARES, em artigo intitulado Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado. Rio de Janeiro: In *Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, n. 14, janeiro-julho., 1999, p. 90), chega a utilizar a expressão “*disciplina parajurídica*”.

<sup>113</sup> ob.cit. pp. 95-96.

<sup>114</sup> Este equívoco é muito comum entre os autores brasileiros os quais, em bom número, costumam dizer, por exemplo, “no *direito comparado*, a Constituição italiana...”, quando deveriam, corretamente, afirmar: “no *direito estrangeiro*, a Constituição italiana...”. O Direito comparado é a análise que será feita, levando-se em conta o direito nacional e o direito estrangeiro.

Começando pela expressão *Direito Estrangeiro*, comparemo-las com a denominação '*Direito Comparado*',

Para MARC ANCEL<sup>115</sup>,

“a distinção entre o direito comparado e o direito estrangeiro era clássica, desde antes de 1900; mas ela não é sempre muito clara, e menos ainda respeitada”. Em seguida, destaca, com plena razão, que “o direito comparado está *na dependência dos estudos de direito estrangeiro*” e que o “direito estrangeiro é a *matéria-prima* do direito comparado. Ninguém, com efeito, é comparativista sem ter praticado, inicialmente, o direito estrangeiro, assim como ninguém é chefe de orquestra sem ser, ou ter sido inicialmente, instrumentista”.

A colocação feita por MARC ANCEL põe em destaque um ponto sobre o qual se deve insistir: o direito estrangeiro é a *conditio sine qua non* para a possibilidade de *fazer-se direito comparado*, isto porque, não poucos pensam que, no simples fato de citarem o direito estrangeiro em seus estudos, tal significa que estejam fazendo estudo comparado. Ledo engano, pois a legislação estrangeira é indispensável ao estudo de Direito Comparado, mas com este não se confunde, pois aquela é indispensável para a pesquisa que se irá fazer. Em outras palavras: sem Legislação estrangeira não há Direito Comparado.

---

<sup>115</sup> Utilidades e Métodos do Direito Comparado - Elementos de Introdução Geral do estudo comparado dos Direitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980, pp. 109-110.

Com idêntica linha de raciocínio, ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES, em artigo intitulado Nota sobre as Dimensões do Direito Constitucional Comparado<sup>116</sup>, escreve que

“muitas vezes ocorre que a análise justapõe estruturas constitucionais estrangeiras sem compará-las, fugindo, portanto, ao próprio objetivo da matéria. Na verdade é usual a leitura de textos que se intitulam de direito comparado, quando, efetivamente, o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos. Acacianamente, poderíamos concluir que *comparar não é justapor*”<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Rio de Janeiro: In *Direito, Estado e Sociedade. Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, n. 14, janeiro-julho, 1999, p. 90.

<sup>117</sup> Ob. cit. p. 92. Em outro artigo, intitulado A Crescente Importância do Direito Comparado (*Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, nº 19, p. 156-157) escreve ANA LÚCIA: “A denominação *direito comparado*, diversamente do que ocorre com outras disciplinas parajurídicas, de regra, requer uma explicação adicional, a fim de que se desfaçam os equívocos daqueles que nele apenas veem um prolongamento do direito internacional ou pretendem reduzir o epíteto *comparado* ao emprego do método comparativo no direito. Essa postura natural de desconhecimento inicial levou-nos a explicitar no programa dessa cadeira, por ora eletiva, que retornou ao currículo da graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio, há mais de vinte anos, que o direito comparado, cuja matéria-prima é o estudo dos sistemas jurídicos, tem por objetivo cotejar, sob determinados aspectos, esses sistemas, a fim de serem identificadas e justificadas as semelhanças e diferenças neles encontradas, bem como a meta, cada vez mais constante, de analisar o fenômeno da circulação de modelos jurídicos ou as chamadas recepções de direito, cujo estudo também



Interessante questão que pode ser trazida à colação, qual seja a de nos referirmos à *História Comparada*, diferenciando-a de *Direito Comparado* isto porque, em nosso modo de entender, a existência de um ou mais *sistemas jurídicos diferentes e vigentes* funciona como um dos pólos indispensáveis ao direito comparado, pelo que não é correto pensar-se neste quando, por exemplo, se estuda a evolução histórica de sistemas não mais vigentes, ou de um instituto, *dentro do mesmo sistema* <sup>118</sup>.

A propósito, escreve GIUSEPPE LUMIA (Elementos de Teoria e Ideologia do Direito <sup>119</sup>):

“À história do direito, que estuda os ordenamentos jurídicos do passado, contrapõe-se a ciência do direito comparado, a qual coteja ordenamentos jurídicos vigentes em países diversos para colocar em evidência os elementos de semelhança e de diferença que apresentam em relação à diversidade das condições sociais, econômicas e políticas e também das tradições e das ideologias dominantes em cada país”.

Dando um exemplo: se alguém pretende estudar o Federalismo na Constituição Brasileira de 1988, e estabelece uma análise de sua evolução nos *textos estrangeiros e nacionais anteriores*, portanto, não vigentes, simplesmente, faz *História Constitucional Comparada ou Nacional* (ambas são *estudos verticais*, dentro do mesmo sistema ou dentro de um determinado espaço ou localização

---

sobressai na famosa coletânea de trabalhos elaborados em homenagem a Edouard Lambert”.

<sup>118</sup> Contrária a este entendimento é a posição de JORGE MIRANDA no artigo intitulado Sobre o Direito Constitucional Comparado. In *Revista Direito e Justiça*. Coimbra: vol. II, 1981/1986, pp. 201-222.

<sup>119</sup> São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14.

geográfica). Poderei examinar determinado instituto em sua evolução **no** sistema francês, ou tomando por objeto três ordenamentos em uma mesma época. Em ambos os casos, estamos – repita-se – na *História Comparada*. Dela sairemos e ingressamos no domínio do *Direito Comparado* quando, por exemplo, comparamos o modelo vigente de Federalismo no Brasil com o Federalismo norte-americano (vigente).

Esta diferenciação não impede que em uma Tese ou Dissertação o autor possa fazer um capítulo sobre a História Comparada do instituto e outro sobre o Direito Comparado. Insista-se: *nem na História Comparada nem no Direito Comparado se realizam apenas em citar o modelo estrangeiro; necessário é que se estabeleçam as semelhanças e dessemelhanças existentes entre ambos os modelos ou institutos estudados.*

Insista-se: ainda estaremos no domínio da *História Constitucional Comparada*, se as análises são voltadas para os textos constitucionais de um determinado período histórico passado, pertencentes a Estados ou Sistemas Estrangeiros *não mais vigentes*.

No tocante à expressão *Legislação Comparada*, a sua impropriedade inicia-se no instante em que se tenta identificar *Direito* com *Legislação*, mormente quando estamos lembrados que aquele tem um sentido bem mais amplo que a segunda, sendo esta (legislação), apenas, uma das formas de manifestação daquele (= Direito Positivo).<sup>120</sup>

Quando se empreende um estudo de Direito Comparado, sua tarefa vai muito além daquele instante refletido na

---

<sup>120</sup> Para maiores aprofundamentos veja-se IVO DANTAS, *Novo Direito Constitucional Comparado. Introdução, Teoria e Metodologia*. Curitiba: Juruá Editora, 3ª edição, 2012. Igualmente, LUÍS FERNANDO SGARBOSSA e GEZIELA JENSEN, *Elementos de Direito Comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

*norma posta*, já que deve analisar “o quadro geral em que a norma se encontra”, inclusive, a Doutrina e a Jurisprudência.

Neste sentido, ENRICO DELL'AQUILA (Introducción al Estudio del Derecho Ingles <sup>121</sup>) ao destacar os *Criterios Metodologicos en el Estudio del Derecho Comparado* ensina:

“en la comparación hay que considerar los Derechos en su totalidad y no únicamente en su aspecto legislativo porque, de hacerse así, su estudio resultaría incompleto y muy a menudo se correría el riesgo de llegar a conclusiones equivocadas. Habrá que considerar así los sistemas jurídicos en su conjunto, empezando por las fuentes del Derecho y por los principios generales de cada sistema. Además de las leyes es menester tener en cuenta también la jurisprudencia, ya que muy a menudo ocurre que hay diferencias entre el Derecho que se desprende de la simple lectura de los textos legislativos y el Derecho real, es decir el Derecho que *de facto* es aplicado todos los días por los jueces. También en los sistemas jurídicos de tradición romanista que han sido codificados ocurre que la jurisprudencia elabora nuevas instituciones, ofrece soluciones de los nuevos problemas que no están previstos en los Códigos y hasta formula nuevos principios generales.” <sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 22.  
<sup>122</sup> ob. cit. p. 23.

E finaliza destacando que

“el papel de la doctrina es también muy importante, sobre todo en los sistemas jurídicos derivados del Derecho romano (los llamados sistemas jurídicos de tradición romanista), donde el labor de interpretación de los letrados siempre ha sido fundamental, tanto en el desarrollo del Derecho como en la formación técnico-profesional de los juristas (jueces, abogados, notarios, etc.), de modo que sería imposible hacer comparaciones en el ámbito de estos sistemas sin tener en cuenta los ensayos, las monografías y demás trabajos de los investigadores”<sup>123</sup>.

A propósito, lembra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em artigo intitulado Direito Comparado e seu estudo,

---

<sup>123</sup> idem, p. 23-24. A propósito, relembre-se, no caso específico do Brasil, a importante que teve a Jurisprudência no tocante à aceitação do instituto do Divórcio, visto que, antes de aceito no sistema jurídico positivo, o Supremo Tribunal Federal admitia a chamada *Sociedade de Fato*, através da qual o patrimônio adquirido na vigência da união seria passível de partilha, ao final daquela. O mesmo se diga, nos dias atuais, com relação ao *Crime de Sedução*, que não vem sendo aceito nos estritos termos consagrados no Código Penal. CHAIM PERELMAN (Ética e Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 390) refere-se aos “axiomas do direito público”, para demonstrar que, em certos casos, estes dão um alcance limitado a uma lei, mesmo quando se trata da Constituição, trazendo à colação o exemplo da Constituição Belga quando, apesar de determinar em seu art. 26 que “o poder legislativo se exerce coletivamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado”, teve a função legislativa exercida pelo Rei *sozinho*, pela via do decreto-lei, durante a Guerra de 1914-1918, em razão da impossibilidade de reunir as Câmaras. O mesmo exemplo volta a ser citado, pelo autor, às páginas 411, 412, 466 e 563.

publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* <sup>124</sup>:

“quando se criaram no Brasil as primeiras cátedras, esta era a tendência dominante e esta a denominação. Quem lê as obras de CLÓVIS BEVILÁQUA, *Lições de Legislação Comparada* e CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Curso de Legislação Comparada*, não encontra senão esta concepção para a disciplina. Obras do fim do século passado traduzem bem as idéias em voga, que reduziam as atividades comparatistas a pouco mais que uma resenha estatística de textos de lei. O Direito Comparado, porém, vê a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta. O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama. Para que possua estas qualidades essenciais, deve o autor da obra deste gênero verificar o que o legislador dispôs, e

---

<sup>124</sup> Ano VII - Nova Fase -, out. 1955, p. 37. O A. refere-se à tendência de limitar a comparação ao aspecto restrito da *legislação posta*.

investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina, aquelas imponderáveis de todo organismo jurídico que TULIO ASCARELLI denomina ‘as premissas implícitas’ dos sistemas em foco, econômicas, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre presentes nos sistemas de direito”<sup>125</sup>.

ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES (A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador<sup>126</sup>), após afirmar que “a expressão *direito comparado* deve ser entendida aqui em seu sentido restrito e, para a grande maioria dos comparativistas contemporâneos, bastante distinto de *direito estrangeiro*”, escreve:

“na verdade, o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos sistemáticos. Nos casos em que são focalizadas com exclusividade as fontes legislativas, tem-se ensaios de legislação comparada, campo que, de

---

<sup>125</sup> ob. cit. p. 38. A título de complementação, mencionem-se que o livro de CLÓVIS BEVILÁQUA intitula-se Lições de Legislação Comparada (Salvador: Liv. Magalhães, 1897) e o de CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Curso de Legislação Comparada (Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, 1903).

<sup>126</sup> Revista Contextos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ano I, nº 1, março de 1987, p. 1.

resto, precedeu historicamente o direito comparado”<sup>127</sup>.

Desta distinção entre *Legislación Comparada* e *Derecho Comparado*, igualmente, nos fala CAÑIZARES<sup>128</sup>:

“También se emplea todavía la expresión ‘Legislación Comparada’, pero va cayendo en desuso, porque su sentido restrictivo parece insuficiente, pues el vocablo ‘derecho’ tiene un sentido más amplio que ‘legislación’”.

Vale lembrar que nas denominações de algumas *Sociedades* e *Institutos* é conservada a expressão *Legislación Comparada*, muito embora em suas publicações oficiais utilizem *Derecho Comparado*. Como exemplo, cite-se a *Sociedade de Legislación Comparada* criada em Paris em 1869, muito embora não se possa esquecer que, em 1900, o primeiro Congresso Internacional já incorporava em sua designação oficial, a expressão ‘*Derecho Comparado*’<sup>129</sup>.

Em Recife, por iniciativa nossa, foi criado no ano de 1999, o *Instituto Pernambucano de Derecho Comparado*, tendo sido realizado (2000), sob seu patrocínio, o *Iº Congresso Brasileiro de Derecho Constitucional Comparado*, visando comemorar os 100 anos do *Congresso Internacional de Derecho Comparado*, realizado em Paris. O tema central das discussões no mencionado evento pernambucano, foi *Constitucionalismo & Globalización*, a ele tendo comparecido dezenas dos maiores nomes do Direito Público nacional.

### 3.2.1. Direito Comparado: Método ou Ciência. Sua utilidade para nossos estudos

---

<sup>127</sup> ob. cit. p. 96.

<sup>128</sup> Veja-se, a propósito, CAÑIZARES, ob. cit. p. 96.

<sup>129</sup> CAÑIZARES, ob. cit. pp. 48-49.

Antes de enfrentarmos a indagação que dá título a este item, permitimo-nos uma explicação. A insistência com que destacamos o *Direito Comparado* nos estudos do *Direito Processual Constitucional* e do *Direito Constitucional Processual* se deve ao fato, visto a olhos nus, de que os estudos de tais searas do conhecimento jurídico vêm marcados pela presença, cada dia maior do fenômeno da *Recepção Legislativa*, sempre diante de uma preocupação maior, qual seja a tentativa de aprimorar-se permanentemente, o conteúdo das Constituições e sua defesa através de *Ações de Controle de Constitucionalidade*, e a defesa do ser humano, por meio de institutos que cada dia mais, se ampliam no sentido de novos *Remédios Constitucionais – Garantias Constitucionais*.

Neste sentido, MAURO CAPPELLETTI, em trabalho intitulado El Derecho Comparado: Método y Finalidades<sup>130</sup> reconhece “un extraordinario aumento de la difusión e importancia de los estudios y las enseñanzas de tipo comparativo en los últimos decenios”<sup>131</sup>, para, em seguida, apontar 4 (quatro) razões que considera explicativas de tal fenômeno, a saber:

“1) - Una primera razón se debe al aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional. 2) - Una segunda razón, no desligada de la primera, radica en la naturaleza transnacional (*‘transfrontier’*) de fenómenos cada vez más relevantes, los cuales requieren, por tanto, una disciplina jurídica que no sea

---

<sup>130</sup> Publicado no livro Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo - (Cuatro estudios de derecho comparado). México: Editorial Porrúa S/A, 1993, p. 13-42.

<sup>131</sup> ob. cit. p. 14.



meramente nacional” (...). 3) - Una tercera razón proviene de la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel transnacional, cuando no universal. 4) - Una cuarta razón, por último, resulta de la tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Económica Europea”<sup>132</sup>.

Pois bem, apesar desta constatação (que, em geral, é aceita por todos os comparativistas), as questões referentes ao conceito e abrangência de Ciência e Método aplicam-se ao Direito Comparado, tendo, pois, razão FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES<sup>133</sup>, quando escreve que mesmo depois de mais de um século da realização, em Paris (1900), do *Congresso Internacional de Direito Comparado*, ainda hoje se indaga sobre a caracterização do Direito Comparado. Em outras palavras: o Direito Comparado é *método* ou *ciência*?

A Doutrina, mais uma vez, não tem um posicionamento pacífico, a ponto de H. G. GUTTERIDGE<sup>134</sup> afirmar que

“el problema de la definición del Derecho comparado está estrechamente relacionado con otro; el de la tan debatida cuestión de si el Derecho comparado puede considerarse como una ‘Ciencia’”.

---

<sup>132</sup> ob. cit. p. 14-15.

<sup>133</sup> ob. cit. p. 49.

<sup>134</sup> El Derecho Comparado - Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Institut de Derecho Comparado, 1954, p. 14.

Para LUCIO PERGORARO (El Método en el Derecho Constitucional: La perspectiva desde el Derecho Comparado<sup>135</sup>)

“con la palabra ‘ciencia’ se entiende un complejo orgánico y sistemático de conocimiento, determinados a partir de un principio riguroso de verificación de su ‘validez’; mientras que ‘método’ es un modo de proceder, sistemático y funcional, en una actividad teórica o práctica, tendente a garantizar la consecución del fin prefijado. Por tanto, una ciencia puede definirse como tal sólo cuando el estudio de una determinada materia se aísla y se diferencia de otras, se propone finalidades cognoscitivas autónomas y organiza un método propio (o métodos propios) para alcanzar-las. Una ciencia puede valerse de muchos métodos, pero el seguimiento de un método en particular no hace de ese estudio una ciencia”.

Mais adiante, afirma:

“el Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando para este fin también el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y

---

<sup>135</sup>

In *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: nº 112, 2001, p. 14.

las diferencias, de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptibilidad. Las consecuencias de considerar el Derecho Comparado una ciencia son múltiples. En primer lugar, la consecuencia de investigar en un sector autónomo, distinto de otros ya trillados, orienta y especializa un campo del saber, con lo que se contribuye a la ampliación, circulación y divulgación de los conocimientos. En segundo lugar, perfecciona la capacidad de organizar las investigaciones con un método propio (o, en todo caso, con metodologías especializadas). En tercer lugar, favorece la formulación de clasificaciones y modelos, que utilizarán – también, aunque no sólo – para verificar la coherencia de las recepciones o exportaciones, o ambas actividades, de instituciones y disciplinas; sus potenciales funcionalidades o su rendimiento. En cuarto lugar, da vida a comunidades de estudiosos que, en la reivindicación de su autonomía – claro es, científica -, pueden contribuir también al incremento cultural de nuevas generaciones de estudiantes y estudiosos, y a la transmisión de tales conocimientos gracias a la unión entre investigación y didáctica”<sup>136</sup>. Para que una actividad

---

<sup>136</sup>

Idem, pp. 14-15.

pueda ser adscrita a la Ciencia del Derecho Comparado, es necesario escoger, al menos, dos ‘objetos’ que puedan compararse; que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación; que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos; que las referencias de comparación no sean instrumentales del análisis del ordenamiento interno o – dicho de otro modo – que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. Y esto vale tanto para el Derecho Público como para el Derecho Privado comparados. Vale también, entendido como un todo, para el Derecho Comparado en general”<sup>137</sup>.

RODOLFO SACCO (Introdução ao Direito Comparado<sup>138</sup>) doutrina que

“cada disciplina é em parte ciência, em parte método. Em sentido mais estrito, pode-se entender como método um conjunto de procedimentos pré-escolhidos para chegar a certos resultados (e dever-se-ia então entender por ciência em sentido estrito um particular campo de indagação, ou então um certo domínio de

---

<sup>137</sup> Idem, p. 15. Consulte-se LÚCIO PEGORARO (Coordinador General), Glosario de Derecho Público Comparado. México: Editorial Porrúa, 2012.

<sup>138</sup> São Paulo: Editora RT, 2001, p. 33.

dados). Isto posto, pode-se ver como não existe um único modo de comparar: é reciprocamente possível utilizar métodos diversos (estruturalismo, funcionalismo etc) na comparação; e pode-se ver também como existe efetivamente um âmbito particular de fenômenos dos quais se ocupa a comparação a respeito de outras disciplinas jurídicas – a circulação de modelos; as suas dissociações e relações internas; as homologações e as correspondentes comparações. Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método da comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de observação)”

139

---

<sup>139</sup> O autor defende a Neutralidade no estudo, tal como se lê (ob. cit. p. 30): “Mas nenhuma ciência deve preestabelecer os resultados de suas pesquisas. A comparação, da mesma forma, não deve escolher de antemão o que encontrará. Poderá encontrar concordâncias, princípios (mais ou menos transcendentais) uniformes, núcleos comuns. Deve estar pronta a encontrar discordâncias, princípios contrapostos, núcleos diversificados. Ou poderá encontrar regras instrumentais não coincidentes, capazes porém, de criar diferenças mais ou menos profundas nas camadas menos visíveis do ordenamento. Poderá também encontrar identidade ou diversidade”.

LEONTIN-JEAN                      CONSTANTINESCO  
(Tratado de Derecho Comparado <sup>140</sup>) emprega as duas expressões,  
conforme esclarece:

“siempre que se utilice el término *Derecho Comparado* en el ámbito de esta obra designará indistintamente el método o la ciencia autónoma. Cada vez que se aluda al Derecho Comparado como método se empleará el término *método comparativo*. Siempre que se aluda a la disciplina autónoma se utilizará la expresión *Ciencia de los Derechos Comparados*”.

Evidente, que para alguns, o Direito Comparado não poderia ter pretensão de cientificidade, resumindo-se a simples método, como o quer EDGAR CARLOS DE AMORIM (Direito Internacional Privado - <sup>141</sup>) ao escrever:

“não há, evidentemente, um direito comparado, e sim, um método comparativo. Direito pressupõe a idéia de aplicação e o chamado direito comparado nada mais é do que um sistema de pesquisa através do qual o experto, após examinar dois institutos, desde às suas origens, indo da causa ao efeito e do efeito à causa, isto é, aplicando ora o método dedutivo, ora o método indutivo para finalmente chegar à verdade perquirida, ou seja, à identidade existente entre um e outro. Este trabalho é de suma importância para o Direito Internacional

---

<sup>140</sup> Madrid: Editorial Tecnos, 1981, vol. I, p. 26.

<sup>141</sup> 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988, pp. 9-10.

Privado, principalmente no exame das instituições desconhecidas. Instituições desconhecidas, para quem não sabe, são aquelas existentes num sistema jurídico e ignoradas por outro”.

JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA  
(Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado<sup>142</sup>), por seu turno, defendendo o mesmo posicionamento, ou seja, o de que o Direito Comparado é, simplesmente, método, escreve:

“El Derecho Comparado es, en realidad, una comparación de derechos diferentes, es el método comparativo aplicado al terreno de las ciencias jurídicas. Es un método susceptible de las más diversas aplicaciones. La conclusión a que se ha llegado, es que el Derecho Comparado no existe, lo que hay es la posibilidad de emplear el método comparativo en las ciencias jurídicas. De acuerdo con este criterio, los comparativistas son juristas, quienes, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear con provecho el método de la comparación. Es muy difícil concebir y organizar la enseñanza de Derecho Comparado. Ello porque el Derecho Comparado no lleva, en sí mismo, su propia finalidad. Deben ser juristas especializados en cada materia i. e. penalistas, civilistas, constitucionalistas, etc., lo que deben hacer uso del método comparativo para

---

<sup>142</sup>

México: Editorial Porrúa, 1998, p 2.

conocer los principios, tendencias y posibilidades de mejorar el derecho de su especial interés. El objeto de esta materia es el de preparar al futuro jurista a conocer los beneficios y aplicaciones del método comparativo, desde el punto de vista técnico y práctico. En conclusión, el Derecho Comparado no es otra cosa que la comparación de los derechos con objetivos diversos”.

Finalmente, interessante é a posição de J. M. OTHON SIDOU (O Direito Comparado e a Unicidade Jurídica Universal <sup>143</sup>) ao escrever:

“Ressalta uma indagação preliminar: ciência ou método o direito comparado? Nutrida na história jurídica, que, estática, revela o comportamento humano no passado, e na sociologia jurídica, que, dinâmica, entende com a teoria geral da evolução do direito; a nossa disciplina é *ciência*. Se, excluído esse aspecto, ficarmos apenas na comparação legislativa para efeito de haurir subsídios em proveito do apuramento das leis nacionais de um sistema particular, o direito comparado é um *método*. Como quer que seja, e tendo por mira o sentido teleológico, é uma *ciência auxiliar*. Também, tal qual a designação menos abrangente, o ser

---

<sup>143</sup> In *Fundamentos do Direito Aplicado*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 181. Interessante é a leitura de CONSUELO LAIZ e PALOMA ROMAN, no livro Política Comparada (Madrid: McGraw-Hill, 2003), os capítulos 1 e 4, respectivamente, *La Política Comparada* e *El método*.



ciência auxiliar é restritivo para o direito comparado. Se ele não se limita à comparação, cotejamento ou confronto, o que pouco renderia ao desenvolvimento sociopolítico, ou aprimoramento da civilização, do mesmo modo não se reduz a auxiliar, ajudar ou obsequiar a legislação. Seu escopo é conhecer as semelhanças e neutralizar as divergências no tocante a um sistema jurídico em face de outro ou ao conjunto de sistemas jurídicos, perquirindo o porquê das dissimilitudes, aceitando o que de salutar é praticado por outros povos, com humildade, e oferecendo-lhes o que temos de mais razoável, sem desdém. E sua tarefa última no aprimoramento da civilização, quimérico como possa parecer, é marchar ao encontro da unicidade do direito, tornando-o uma ciência menos árida e menos esquiva”.

Mesmo que um grande número de estudiosos entenda que o Direito Comparado é, simplesmente, método - *o método comparativo aplicado às ciências jurídicas* - assim não pensamos inclusive porque, conforme raciocínio de QUIRINO RIBEIRO aplicado à Educação Comparada,

“o fato de a disciplina se utilizar, obrigatoriamente, do *método comparativo* não a reduz a este, até porque *a comparação é o ato final de um estudo comparativo*. Antes de alcançá-lo deve, o comparatista, coletar e interpretar fatos e, para tanto, utilizar-se á de outros métodos, advindos de outros

campos científicos. A orientação teórico-metodológica de um estudo comparativo em educação poderá provir da História e da Sociologia, sem que, por isso, deva a disciplina confundir-se com tais ciências”<sup>144</sup>.

A colocação de QUIRINO RIBEIRO é perfeita e aplicável ao nosso campo de interesses, reforçando a posição que assumimos, juntamente, com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1952) em artigo intitulado Direito Comparado, Ciência Autônoma<sup>145</sup>, dentre outros.

Para nós, à medida que se compreendam os conceitos de *método* e *ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição contrária àquela que reconhece sua cientificidade, sobretudo, se levarmos em conta os modernos estudos da *Epistemologia*.

No caso específico dos estudos referentes ao *Direito Comparado*, a sua caracterização apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador, poderá superá-las.

Assim, pelo menos duas dificuldades podem ser mencionadas, a saber:

1) - a questão do acesso às *fontes estrangeiras*, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (*fontes* aqui tomadas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como Doutrina, Jurisprudência e Costumes);

---

<sup>144</sup> Cf. SUELY GRANT BONITATIBUS, Educação Comparada - Conceito, Evolução, Métodos. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1989, p. 21. Destaques nossos.

<sup>145</sup> *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: outubro, 1952, pp. 33-47.

2) - a dificuldade relativa ao problema lingüístico, isto é, conhecimento da língua usada pelo sistema que se pretende comparar.

São dificuldades ou obstáculos que uma preparação metodológica e intelectual poderá superar, e na qual não se poderá esquecer que ela englobará - inclusive e principalmente - a adequada terminologia utilizada pelo sistema ou ordenamento jurídico estrangeiro e seu significado.

Demos um exemplo: na Constituição Espanhola de 1978 utilizam-se as expressões *Recurso de Amparo* e *Leyes Orgánicas* quando se refere à competência do Tribunal Constitucional (art. 161 1. *b* e *d*). Se desconhecermos o significado de tais expressões no sistema espanhol, evidentemente, que o estudo comparativo ficará falho, comprometido naquele aspecto que mais deverá ser buscado: a *verdade científica*, embora esta jamais possa ser encarada em sentido absoluto.

Muitos outros exemplos poderiam ser dados como indispensáveis à preparação metodológica, a fim de que se possa alcançar um estudo sério e científico. Isto, contudo, não nos permite reduzir o Direito Comparado a simples *método*, que ficaria restrito a indicar características dos sistemas jurídicos pesquisados.

O método é apenas o caminho a ser seguido, trilhado. Por ele - e temos dito várias vezes - ser-nos-á possível 'explicar' ou 'compreender' (dependerá da posição epistemológica de cada um) as similitudes e diferenças dos sistemas estudados, levando-se em conta seus condicionamentos sociais e econômicos, pois, como diz CAÑIZARES, "el comparativista no puede ignorar los antecedentes y las consecuencias del derecho positivo que compara, en los aspectos social y económico"<sup>146</sup>.

De posse, portanto, de uma metodologia adequada, esta nos levará à existência de um *objeto formal ímpar e*

---

<sup>146</sup>

ob. cit. p. 19.

*próprio ao Direito Comparado* <sup>147</sup>, a ponto de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, afirmar que

“nas páginas anteriores foi possível verificar que o direito comparado: - *dispõe de um objecto (a pluralidade de ordens jurídicas) diferente do objeto das demais disciplinas que estudam o direito e que tem um método específico (o método comparativo)*. Por isso concluímos (como ZWEIGERT) que o direito comparado é uma *ciência autônoma*, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares - a *macrocomparação* e a *microcomparação*” <sup>148</sup>.

Resta-nos o terceiro elemento para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico: a sua *autonomia doutrinária e didática*.

Quanto à primeira - *autonomia doutrinária* - desnecessário seria discutir-se, já que, desde os gregos, como já o demonstramos, existem estudos doutrinários (embora sem rigor científico) comparando sistemas jurídicos.

Ademais, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados e manuais confirmam uma autonomia doutrinária em tais estudos, dentre os quais podem ser

---

<sup>147</sup> A propósito, escreve ALESSANDRO PIZZORUSSO (Curso de Derecho Comparado. Barcelona: Ariel, 1990, p 80): “El derecho comparado se distingue en cambio de cualquier otra disciplina jurídica por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos que actualmente operan - o, eventualmente también todos los ordenamientos vigentes o todos los que presentan determinadas características - y de asumir como propio objetivo final, no tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos examinados detalladamente, sino la confrontación entre ellos y el consiguiente análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles”.

<sup>148</sup> ob. cit. p. 27.

citados - em uma perspectiva geral -, os de CAÑIZARES, GUTTERIDGE e RENÉ DAVID, enquanto que no caso específico do Direito Constitucional Comparado, devem ser mencionados os de GARCIA PELAYO, SANCHES AGESTA, BISCARETI DI RUFFIA, G. DE VERGOTTINI e muitos outros.

Na segunda perspectiva - *autonomia didática* - esta, igualmente, existe, sobretudo, nos cursos de Mestrado e Doutorado, para não falarmos no cultivo do Direito Comparado em diversas instituições internacionais criadas com este único objetivo <sup>149</sup>.

Em síntese, aplicando-se o raciocínio desenvolvido, podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como *método*. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um *objeto formal* e de uma *autonomia doutrinária e didática*. Não se diga que lhe falta uma autonomia legislativa, pois esta não caberá no seu âmbito nem no seu objeto. As legislações nacionais (no caso, as Constituições próprias de cada Estado) poderão utilizar-se dos resultados do Direito Comparado, para aperfeiçoar-se.

Deste tema trataremos no item seguinte.

### 3.2.2. Funções do Direito Comparado

Para GUTTERIDGE <sup>150</sup>, ainda ao discutir a cientificidade, ou não, do Direito Comparado, “el interés de tales problemas es puramente académico y, en todo caso, de una importancia relativa”, após o que considera que mais importante do que saber se o Direito Comparado é ciência, ou não, é conhecer

---

<sup>149</sup> Entre nós, o *Instituto Pernambucano de Direito Comparado* tem como uma de suas finalidades (Estatuto, art. 2º, b) “promover cursos, seminários, simpósios, congressos e outras formas de intercâmbio científico”.

<sup>150</sup> ob. cit. p. 15.

para que servem tais estudos. São suas palavras: “el problema esencial no es qué es el Derecho comparado? La verdadera cuestión es la de: para qué sirve?”<sup>151</sup>

Em princípio, vale afirmarmos, que todas as *funções* apontadas como próprias da Ciência Jurídica - *interpretação, sistematização e construção*-, evidentemente, *também* se aplicam aos estudos do Direito Comparado, muito embora, não possamos esquecer que desde o *Congresso Internacional de Paris* (1900), os comparatistas apontam suas *funções* ou *fins específicos*.

Por outro lado, e como se verá, de todas as posições elencadas, cremos nós, que poderão ser estabelecidos, de maneira ampla, dois grupos de objetivos ou finalidades.

Pelo primeiro, ao qual denominamos de *objetivos pessoais*, visa-se uma maior *satisfação intelectual* daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> idem, p. 15. Em sentido contrário, afirma RODOLFO SACCO que “somente para a comparação jurídica se adotam (ou ao menos se dotavam, há trinta anos) um outro peso e uma outra medida; pensava-se, assim, que deveriam ser-lhe verificadas as finalidades. Esta verificação tinha tudo para ser concebida como uma espécie de prova liberatória, necessária para garantir a legitimidade da comparação. A falsa indagação concernente às finalidades da comparação produz falsas respostas, que não resistem à crítica” (ob. cit. p. 26).

<sup>152</sup> A propósito, escreve GEORGE Z. F. BEREDAY no livro Método Comparado em Educação (São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 31): “A primeira justificativa da Educação Comparada, como de outros estudos comparativos, é intelectual. Os homens estudam sistemas estrangeiros, simplesmente porque querem saber, porque sempre hão de sentir sede de esclarecimento”. E prossegue: “Mas isto não significa que o estudo da Educação Comparada careça de qualquer aplicação prática. No campo das ciências sociais, como no da Pedagogia, ela presta serviços visíveis e importantes”.

O segundo grupo de finalidades - em nosso entender - pode ser denominado de *profissional* e encontra-se mais ligado à *Técnica e Política Jurídica* ou mesmo *Política Legislativa*, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos - sobretudo, aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional - existentes em outros ordenamentos, exatamente porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica.

Na lição de LAMBERT, esta perspectiva tem uma finalidade apenas científica, a saber:

“el descubrimiento, por medio de un proceso de comparación, de las causas que fundamentan el origen, desarrollo y decadencia de las instituciones jurídicas, en otras palabras, la Historia comparativa del Derecho. En este caso, la comparación es ilimitada, tanto en espacio como en tiempo”<sup>153</sup>.

LASEILLES, por sua vez, chegava a vincular este enfoque ao estabelecimento de “princípios jurídicos do mundo civilizado, que seriam universais, mas não imutáveis”, a ponto de utilizar-se da expressão ‘*Droit Ideal Positif*’.

Nesta linha de raciocínio, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA no já citado artigo Direito Comparado, Ciência Autônoma afirma que

“dos sistemas legislativos nacionais extrairá os princípios informativos dos vários institutos, e, operando uma *sinetização* que não é estranha aos

---

<sup>153</sup>

cf. GUTTERIDGE, ob. cit. p. 16.

processos de formação doutrinária, construirá dogmática superestrutural, que exprimirá o estado da civilização jurídica em dado momento histórico”<sup>154</sup>.

Ressalte-se que, em uma primeira fase de seu pensamento, LAMBERT chegava a referir-se a um *Direito Comum Internacional* consistente em criar regras aplicáveis às necessidades dos povos que tenham alcançado o “mesmo nível de civilização”<sup>155</sup>.

Antes de apontarmos algumas posições doutrinárias sobre as *funções do Direito Comparado*, duas observações de natureza epistemológica fazem-se necessárias:

a) - não é o Direito Comparado que terá *funções práticas*. Suas *conclusões* serão valoradas por legisladores, magistrados, advogados, etc., e utilizadas para melhor regulamentar os fatos sociais de determinada sociedade;

b) - ao nos referirmos à *universalização*, longe de nós se encontra a crença de que se possa transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos

<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Destaque nosso. Ob. cit. p. 43.

<sup>155</sup> cf. GUTTERIDGE, ob. cit. p. 16.

<sup>156</sup> Sobre isto, afirma JOSÉ NICOLAU DOS SANTOS em artigo intitulado Direito Comparado e Geografia Jurídica (*Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, ano III, nº 3, dezembro, 1955, p. 349): “A *Geografia Jurídica* (...) é uma verdadeira *Ciência especulativa*, com princípios próprios e específicos, destinada ao estudo dos *fatos jurídicos*. É ciência intermédia entre a Geografia e o Direito, podendo ramificar-se em ambas. Despe-se, porém, do pressuposto teleológico de alterar a legislação dos povos, aconselhando a sua uniformidade. Recusa-se a ter um caráter prático, transcendendo do seu âmbito de *Ciência* pura a da *arte* legislativa” (destaques no original).



De maneira geral - já o dissemos - os cultores do *Dereito Comparado* apontam vários objetivos ou ‘vantagens’ que constituem suas “funções próprias e específicas” ou “finalidades”, para usarmos a expressão de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA que, em seu livro Introducción al Derecho Constitucional Comparado<sup>157</sup> as agrupa em quatro, a saber:

- 1)- satisfacción de meras exigencias de orden cultural;
- 2)- interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional;
- 3)- notable aportación que la ciencia del derecho constitucional puede proporcionar al campo de la *nomotética*, es decir, en relación con la *política legislativa*;
- 4)- la *unificación legislativa*.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, por seu turno, depois de afirmar que “si comparar significa, ante todo, cotejar para manifestar analogías y diferencias”, entende que “es preciso también preguntar cuál es la razón de tal operación logica”.

Neste sentido, em seu Derecho Constitucional Comparado<sup>158</sup>, aponta como suas finalidades as seguintes:

- a)- perfeccionamiento del conocimiento;
- b)- clasificación y agrupación de ordenamientos;
- c)- interpretación de las instituciones constitucionales;
- d)- preparación de la normación;
- e)- unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista.

---

<sup>157</sup> México: Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 13-15. Itálicos no original.

<sup>158</sup> Madrid: Espasa-Calpe S/A, 1985, pp. 75-83.

MARC ANCEL, na monografia intitulada Utilidades e Métodos do Direito Comparado<sup>159</sup>, aponta “vantagens e benefícios”, da comparação, não se diferenciando, em muito, das posições de RUFFIA e VERGOTTINI. São elas:

a)- apesar da diversidade das legislações existe uma universalidade do direito; b)- o conhecimento do direito estrangeiro é freqüentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro; c)- permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o direito estrangeiro<sup>160</sup>; d)- o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito; e)- nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras.

---

<sup>159</sup> Porto Alegre: Sèrgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980, pp. 17-18.

<sup>160</sup> FRANÇOIS RIGAUX (*A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 188), ao estudar *A Intercomunicação dos sistemas jurídicos* afirma que “à palavra de uma língua não corresponde exatamente uma palavra de uma outra língua. Folhear um dicionário é descobrir em torno de um núcleo comum uma galáxia de significados diversos que impõem traduzir a mesma palavra por palavras que diferem conforme o contexto. É mais fácil traduzir uma frase complexa com precisão do que encontrar o equivalente exato de uma única palavra. O direito comparado faz que se descubra a mesma analogia. Não se pode encontrar o equivalente exato de algum conceito jurídico em outro sistema, não por ser nele desconhecido, mas porque se une a uma rede autônoma de significados”.

Mais adiante, escreve: “O misterioso postulado que é comum ao direito comparado e ao direito internacional privado é o da comunicabilidade dos sistemas jurídicos” (ob. cit. p. 189).

Finalmente, para GUTTERIDGE <sup>161</sup>, embora se refira à *unidade do método comparativo*,

“la característica fundamental del Derecho comparado, considerado como un método, es la de que éste es aplicable a todas las formas de investigación jurídica. El método del Derecho comparado se halla tanto al servicio del historiador del Derecho, como al del filósofo, el juez, el abogado y el profesor de Derecho. Es aplicable tanto al Derecho público como al privado y está igualmente a la disposición del economista, el sociólogo y el abogado. Puede prestar un importante servicio al político, al funcionario y al hombre de negocios”.

### 3.2.3. A *Recepção Legislativa* <sup>162</sup>

Ao tratarmos das *Funções do Direito Comparado*, fizemos referência a *unificación legislativa* (RUFFIA) e a *unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista* (VERGOTTINI).

Em verdade, impossível será negar-se que uma das características do mundo contemporâneo é o destaque se dá ao respeito à Constituição e aos Direitos Humanos, vistos estes em seu sentido universal, como concretização do Direito Natural. Pois bem, esta constatação se faz presente tanto no ***Direito Processual Constitucional*** com a discussão de novas técnicas ***de controle de constitucionalidade*** bem como a criação de novos institutos – que denominamos ***remédios*** – para defesa daqueles direitos que,

---

<sup>161</sup> ob. cit. pp. 22-23.

<sup>162</sup> Neste item, apenas fazemos breve referência à *Recepção Legislativa*, cuja análise pormenorizada poderá ser encontrada no nosso livro Novo Direito Constitucional Comparado, já citado.

positivas em texto constitucional, passam a ser denominados de ***Direitos Fundamentais***.

Decorrente dessa constatação é insistirmos que a difusão de soluções jurídicas se dá cada vez mais aproximadas pelos diversos Estados, ao mesmo tempo em que vale insistir na impossibilidade de que seja possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

A constatação desta aproximação dos modelos jurídicos permite-nos falar do fenômeno denominado de *Recepção Legislativa*, entendido, na lição de ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES em artigo intitulado A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador<sup>163</sup>, como sendo “a introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”, enquanto que PETER HÄBERLE (Elementos Teóricos de um Modelo General de Recepción Legislativa<sup>164</sup>) afirma:

“La actual interdependencia efectiva entre las Constituciones, especialmente en cuanto al sin número de recepciones que en estos momentos se están produciendo nos induce a la búsqueda de un modelo teórico general”<sup>165</sup>.

Mais adiante, prossegue HÄBERLE:

---

<sup>163</sup> *Contextos*. Revista da PUC-RJ. Rio de Janeiro: ano I, nº 1, março/1987, p. 2. Veja-se o interessante artigo de RAUL MARQUEZ ROMERO, intitulado Breve Reseña de las Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y su Relación con la Unificación del Derecho, in *Roma e America. Diritto Romano Comune – Rivista di Diritto dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 5/1998. Roma: Mucchi Editore, 1999.

<sup>164</sup> Artigo publicado no livro *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, coordenado por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 151-185.

<sup>165</sup> Ob. Cit. p. 151.

“A esto hay que añadir que el actual mundo *uniformado* cada vez se hace más pequeño gracias a las intensas posibilidades de comunicación, por un lado, y también gracias, por otro, a que los problemas globales existentes son similares para todos, como, por ejemplo, los derivados del medio ambiente y de la tecnología. He aquí la razón última de la necesidad de ver lo que hace ‘el vecino’ para aprovechar los logros ya alcanzados por éste, y ello no sólo por la notoria escasez de recursos, sino también por puro y simple ahorro de tiempo y trabajo. De ahí la primera toma de contactos ‘con lo foráneo’; léase ‘con las primeras recepciones’. Es posible que en ello actúe como factor sugestivo la propia ‘efectividad’ del ejemplo ajeno, añadiéndose posteriormente las corrientes propias del denominado ‘espíritu de la época’ e incluso las propias ‘modas’. Desde un punto de vista histórico, podríamos decir que dicho momento bien podría llamarse ‘la hora de las recepciones’, si bien hay que tener en cuenta que no siempre se dan en igual medida las condiciones adecuadas para que las reformas se efectúen siguiendo los modelos extranjeros”<sup>166</sup>.

Por fim, aponta HÄBERLE

---

<sup>166</sup>

Ob. cit. p. 156.

“los siguientes cauces y procedimientos de recepción a través de los que se asume lo creado en otros Estado: 1) – Por vía de la revisión total de la Constitución (Suiza, por ejemplo); 2) – Por vía de la revisión parcial de la Constitución; 3) – Por vía legislativa; 4) – Por vía de la jurisprudencia constitucional, incluyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional europea; 5) – Por vía de la Teoría de la Constitución; 6) – Por vía de la ‘práxis jurídica’ (por ejemplo, la relativa a acuerdos de los *länder* con la Federación)”<sup>167 168</sup>.

A atual Constituição brasileira é pródiga em exemplos, muitos dos quais se contradizem de forma flagrante, pelo menos quando vistos em relação ao sistema jurídico-constitucional como um todo (ex.: *Medidas Provisórias*), enquanto outros permaneceram durante mais de 30 anos em inércia, só agora (2011) começando a ser corretamente interpretado pelo STF (ex.: *Mandado de Injunção*).

Considerando as observações acima, alguns autores falam em *Direito Comparado Descritivo* e *Direito Comparado Aplicado*, respectivamente<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Idem, p. 161. O texto de HÄBERLE merece ser lido em sua íntegra, sobretudo, em razão do raciocínio e das informações que fornece ao estudioso da matéria.

<sup>168</sup> Interessante é o estudo de PATRICIA MARCELA CASAL, Recepción Del Derecho Extrajero como Argumento. Derecho Comparado. Madrid: Editorial de Belgramo, 1997.

<sup>169</sup> A propósito, escreve GUTTERIDGE: “Esta distinción ha merecido una aceptación general y es útil en cuanto pone de relieve el hecho que el Derecho comparado comprende mucho más que una simple descripción del

### 3.2.4. Micro e Macro Comparações

Em artigo intitulado Filosofia y método del derecho comparado, MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI<sup>170</sup> escreve:

“la comparación es un método general, que trasciende su aplicación jurídica y se utiliza también en economía, política, etc. Para hablar de comparación en plenitud, hay que diferenciarla del mero estudio paralelo de diversos enfoques de un tema. La comparación *relaciona*, no es mera información, ni se desarrolla por yuxtaposición: es más profunda cuando tiene referencias más significativas. No obstante los rótulos de ‘comparación’ que suelen ponerse a informaciones diversas, por ejemplo, acerca de derechos extranjeros, en realidad comparar es relacionar desde una *perspectiva* cuya profundidad debe tenerse presente, para reconocer la importancia de la tarea que se efectúa. Pese a que las diferencias que pueden servir de referencia a la comparación son a veces meramente ‘subjetivas’ (los sujetos ‘se viven’ como diferentes), urge encontrar criterios *objetivos* de diferenciación, que deben reflejar la plenitud del *ser* y, a nuestro

---

Derecho de un país extranjero” (ob. cit. p. 19). Consulte-se o que diz o A. às pp. 18-19.

<sup>170</sup> *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires, t. 1989, pp. 1080-1081.

parecer, tienen su mejor expresión en los valores. Comparar es, en este sentido, relacionar, a la luz de comunes denominadores ontológicos y axiológicos, elementos que pueden ser ontológica y axiológicamente diferentes”.

CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ e MARGARITA VILLANUEVA COLÍN no livro Sistemas Jurídicos Comparados <sup>171</sup>, por seu turno, escrevem que

“comparar – significa confrontar y el resultado consiste en poner de manifiesto coincidencias, afinidades y diferencias. Sería impropio y restrictivo reducir la comparación solamente a la búsqueda de afinidades; pero el estudioso del derecho comparado no debe limitarse al análisis de las diferencias y semejanzas de los distintos sistemas, sino que debe adentrarse en los motivos que los originaron convirtiéndose así en un científico social. Para una comparación fructífera no es suficiente contrastar las reglas detalladas de una institución particular de dos o más sistemas legales, lo que realmente se necesita es averiguar algo mucho más profundo, específicamente los conceptos fundamentales sobre los cuales el sistema está construido, la actitud básica hacia la organización de la vida humana que ha inspirado el sistema el cual puede ser nombrado el alma del cuerpo legal.”

---

<sup>171</sup>

Oxford University Press / Harla México, 1996, p. 4.



Em livro intitulado Derecho Constitucional Comparado – Tomo I <sup>172</sup> GERMAN J BIDART CAMPOS e WALTER F. CARNOTA ao fazerem referência à *Metodología de análisis* apontam *dois critérios* que são utilizados nos estudos do Direito Constitucional Comparado, ambos, a nosso ver, típicos da ‘*macro comparação*’.

Assim, o primeiro deles consistiria em

“una exposición resumida o pormenorizada del derecho constitucional de cada país bajo examen, o de los llamados ‘centrales’ (Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Suiza, España, en su momento la ex Unión Soviética, etc). Tal metodología de *unidades políticas aisladas* obliga al lector o al estudioso a extraer de las exposiciones parciales su propia comparación <sup>173</sup>. El segundo criterio consiste en abreviar al lector esa tarea. Para ello, y en vez de estudiar el derecho constitucional país por país, el autor o expositor brinda ya agrupadas las líneas comunes o similares de un grupo de estados, acusando también las diferencias. No explica entonces, por separado, cómo es el derecho constitucional ruso, o británico, o francés, o norteamericano, sino qué estructuras parecidas encontramos entre todos ellos – si es que las hay – y qué estructuras disímiles. En suma, trata de dar ya

---

<sup>172</sup> Buenos Aires: Ediar, 1998, pp. 11-15.

<sup>173</sup> Ob. cit. pp. 11-12.

elaboradas algunas tipologías empíricas que acusan uniformidad, analogía o denominaciones comunes, aunque tal vez tales tipologías no alcancen a abrazar la totalidad de estados que hay en el mundo, sino sólo bloques de algunos – p. ej.: de la Unión Europea, del área de Latinoamérica, etc”<sup>174</sup>.

Apesar de a maioria dos autores entender, como o faz CAÑIZARES, que o Direito Comparado visa estudar “sistemas jurídicos distintos”, a nós nos parece mais produtivo, que o comparatista dedique-se a setores do sistema e/ou determinado instituto, tornando o estudo mais viável do que aquele que visa *o sistema jurídico como um todo*.

Desta forma, poderá o comparativista, por exemplo, voltar-se para o *sistema tributário, sistema penal, sistema constitucional* (= partes do sistema jurídico total), ou ainda dentro de cada um deles, determinado instituto como, por exemplo, *fato gerador, pena, sistema partidário ou controle da constitucionalidade das leis*. Se tal não fosse possível, incorreto seria falar-se em *Direito Tributário Comparado, Direito Penal Comparado, Direito Constitucional Comparado, Direito Administrativo Comparado* e assim por diante<sup>175</sup>, os quais são mais frequentes do que os chamados estudos de ‘*Direito Comparado Geral*’, na maioria das vezes limitados a simples *descrição de sistemas jurídicos estrangeiros*.

Visando evitar o equívoco, algumas Universidades mantêm, além das disciplinas *Direito Constitucional Comparado, Direito Civil Comparado, etc...*, outra denominada de *Sistemas Jurídicos Contemporâneos*, do que são exemplos as

---

<sup>174</sup> Idem, pp. 12-13.

<sup>175</sup> É mais fácil, em certo sentido, encontrar um número maior de estudos referentes a estes *ramos* do que voltados para uma *Teoria do Direito Comparado*.

Universidades de Montreal e Autônoma do México, além da Faculdade de Direito do Recife, na qual, no *Curso de Doutorado*, lado a lado com as disciplinas de *Direito Constitucional Comparado*, *Direito do Trabalho Comparado* e *Direito Administrativo Comparado*, existe no núcleo das disciplinas optativas, a *Teoria do Direito Comparado* (nesta são descritos os aspectos epistemológicos do Direito Comparado e principais pontos dos mais representativos *Sistemas Jurídicos Contemporâneos*), desde a sua criação, sendo ministrada sob nossa responsabilidade.<sup>176</sup>

Estas possibilidades de comparação do todo ou de parte do sistema, permitem-nos falar em dois tipos de comparação, a saber, *Macrocomparação* e *Microcomparação*<sup>177</sup>, expressões que MAURO CAPPELLETTI, no estudo *El Derecho Comparado: Método y Finalidades*<sup>178</sup> toma em sentido diverso daquele que aqui utilizamos.

Diz-nos, textualmente, CAPPELLETTI:

“El derecho comparado es, en realidad, un método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] y no *vergleichendes Recht* [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o

---

<sup>176</sup> Há alguns anos a CAPES entendeu que esta denominação era mais propícia para o Curso de Graduação, razão pela qual passou a disciplina a denominar-se ***Constitucionalização e Direito Comparado***. Já aquela outra que era nomeada como ***Direito Constitucional Comparado***, pelo mesmo motivo, passou a ser ***Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional***. Os programas entretanto continuaram os mesmos, organizados em nome da Liberdade de Cátedra. É a velha burocracia brasileira...

<sup>177</sup> Veja-se, por exemplo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pp. 7-9.

<sup>178</sup> Publicado no livro de sua autoria, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo - Cuatro estudios de derecho comparado*. México: Editorial Porrúa S/A, 1993, pp. 13-42.

más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar ‘micro-comparación’, cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma ‘familia jurídica’ (por ejemplo, entre Francia e Itália), o bien, ‘macro-comparación’, si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Italia, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra”<sup>179</sup>.

### 3.2.5. A Comparação Horizontal e a Comparação Vertical

Além da *micro-comparação* e da *macro-comparação*, alguns autores referem-se à *comparação horizontal* e à *comparação vertical*, expressões que se não forem devidamente explicadas, poderão gerar equívocos de natureza epistemológica.

Em outras palavras: há uma imperiosa necessidade de que ambas as expressões sejam devidamente compreendidas, pois, a partir daí, ou seja, de sua correta compreensão, poderemos distinguir o *Direito Comparado* (de um lado) e a *História do Direito* (do outro), visto que o primeiro (*Direito Comparado*) implica sempre na existência de dois ou mais *sistemas jurídicos vigentes* que serão objeto de comparação, dos quais, de preferência, *um deles é o sistema jurídico nacional*. Não se admite, pelo visto, em nosso entender, falar-se em *comparação jurídica vertical*<sup>180</sup>,

---

<sup>179</sup> ob. cit. p. 17.

<sup>180</sup> JORGE MIRANDA, no artigo intitulado Sobre o Direito Constitucional Comparado (Separata de *Direito e Justiça*, v. 2, pp. 201-222, 1981/1986) defende sentido contrário àquele que aqui se expõe, ou seja, admite

no sentido de comparação no mesmo sistema, ou seja, fazendo a evolução do instituto em suas diversas fases, dentro do mesmo sistema jurídico.

No caso da *História do Direito*, ao contrário, o objeto a ser desenvolvido é a *sucessão dos sistemas* e/ou *institutos*, seja individualmente considerado (p. ex.: o instituto do *Habeas Corpus* e sua evolução dentro de um mesmo sistema), seja em vários sistemas (o instituto do *Habeas Corpus* e sua evolução considerando-se vários sistemas da História do Direito Ocidental).

Neste sentido, observa PATRÍCIA MARCELA CASAL (Sistemas Legales Contemporâneos<sup>181</sup>) que

“al *Derecho comparado* le interesan los *Sistemas legales* o *Sistemas jurídicos vigentes*. No es ámbito de nuestro estudio el desarrollo de la totalidad de las vicisitudes históricas que han influido en el desarrollo de las instituciones. Por nuestra parte, recordamos que el comparar es una categoría del pensamiento y su uso común a las manifestaciones humanas. El Derecho no podía estar ajeno a la utilización de este método. Compartimos el criterio que sustenta la existencia de la llamada Ciencia del Derecho Comparado como una rama del Derecho con un

---

*comparação dentro do próprio sistema* (que nós denominamos de *História Comparada do Direito*).

Igualmente, LÉON PAUMIER em sua Thèse pour le Doctorat (Introduction au Droit Comparé. Nantes: 1902, p. 9) escreve: “Nous entendrons par *droit comparé interne* celui qui rapproche deux législations différentes d’un même pays, et par *droit comparé externe* celui qui rapproche la législation d’un autre pays” (itálicos nossos).

<sup>181</sup> Ob. cit. p. 25.

objeto científico-jurídico próprio. Dicho objeto está dado por aquella porción del mundo jurídico donde '*la comparación entre el Derecho Próprio vigente y el Derecho Extranjero, también vigente, deviene necesaria.* (...) La comparación en el Derecho puede ser utilizada con independencia de los derechos extranjeros (comparación interna) estando en este caso fuera del objeto de la llamada *Ciencia del Derecho Comparado*'"<sup>182</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em artigo intitulado Direito Comparado e seu Estudo<sup>183</sup>, após escrever que

“defendi o caráter científico e o sentido de autonomia que entendo possuir o Direito Comparado, por não limitar sua atuação apenas à comparação de direitos, mas, procurar, através da comparação, a obtenção de resultados, de finalidades, e de objetivos que lhe são próprios”.

Noutra passagem, refere-se CAIO MÁRIO à *comparação vertical* e à *comparação horizontal*, definindo-as da seguinte forma:

“O investigador às vezes recua no tempo, e vai buscar os dados informativos da instituição em sua origem, como as civilizações anteriores reagiram em face de um determinado problema, e que solução

---

<sup>182</sup> Idem, nota de rodapé nº 8, pp. 30-31.

<sup>183</sup> *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: ano VII (nova fase), outubro, 1955, p. 40.

lhe deram. Pesquisa, através do tempo, o modo como uma certa tese foi tratada. E tenta, comparando a concepção contemporânea do instituto com os seus lineamentos no passado, fixar a sua linha de evolução, que lhe permite configurá-lo no presente e prognosticar as suas tendências no futuro. Quem assim procede vale-se da ‘História do Direito’ e faz paleontologia jurídica, na feliz expressão lembrada por CLÓVIS BEVILÁQUA e repetida por JOSÉ EDUARDO DA FONSECA ao denominar as investigações de SUMMER MAINE e HERMANN POSTA de ‘paleontologia social’. Outras vezes, o estudioso estende os olhos pelo horizonte jurídico e focaliza os sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, compara-os, procurando assinalar as suas aproximações e divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. E aqui está em pleno campo do direito comparado. Tendo em vista os dois sentidos de comparação, e inspirado na sua materialização geométrica, eu chamo

ao primeiro de comparação vertical, e ao segundo de comparação horizontal”.

GUIDO FERNANDO SILVA SOARES  
(Common Law – Introdução ao Direito dos EUA<sup>184</sup>) escreve que

“atividade instigante e extremamente enriquecedora no universo do Direito, entendida como Ciência Jurídica, é a comparação entre sistemas jurídicos. Os termos de comparação, tomando-se por base um determinado sistema jurídico nacional, vigente no momento da análise, podem ser considerados em duas grandes perspectivas: a) da sucessividade, no tempo, de dois sistemas, partindo-se do pressuposto de que o Direito anterior teria ficado cristalizado, e que o Direito tomado por referência se originou daquele (assim, os estudos de Direito Romano, ou do sistema português, das Ordenações régias portuguesas e demais normas, antes do Brasil independente, de um lado, e, de outro, o atual Direito pátrio) e b) da concomitância de dois sistemas, ambos vigentes no momento da análise, de um lado, o sistema de um país estrangeiro, e de outro, o sistema tomado por referência. No primeiro caso, que melhor seria descrito como um fenômeno de *História do Direito* toma-se um sistema vigente em épocas anteriores, e a comparação se faz com a época atual, em que o interesse

---

184

São Paulo: Editora RT, 1999, p. 19. Itálico nosso.



reside na evolução histórica de um mesmo organismo normativo, nas suas etapas estanques no tempo; no segundo caso, tomam-se dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam, a partir de uma metodologia científica rigorosa, em que apareceriam os elementos comuns e os diferenciados. Contudo, o Direito Comparado tem uma existência muito vigorosa como direito-ciência, uma vez que é possível realizar-se uma comparação de sistemas jurídicos de países diferentes, com metodologia científica, estabelecer princípios comuns e diferenciados, inclusive até mesmo uma teoria geral do comparativismo jurídico (à maneira de uma gramática de todas as línguas existentes). Isso posto, deve ficar esclarecido que, no Direito Comparado, o que se tem em mira é conhecer termos em comparação, na dupla tarefa de: 1º) conhecer cada termo, isoladamente, na sua individualidade e especificidade; 2º) neles distinguir elementos de presença comum e, a partir do descobrimento de valores comuns, realizar a comparação”<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Ob. cit. p. 21. Veja-se o que diz o Autor à p. 57: “Enfim, na comparação dos sistemas da família romano-germânica dos direitos e da *Common Law*, reafirme-se o postulado de que não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a

Segundo escreve PATRÍCIA MARCELA CASAL (Sistemas Legales Contemporáneos<sup>186</sup>), em nota de pé de página,

“por nuestra parte, recordamos que el comparar es una categoría del pensamiento y su uso común a las manifestaciones humanas. El Derecho no podía estar ajeno a la utilización de este método. Compartimos con el criterio que sustenta la existencia de la llamada Ciencia del Derecho Comparado como una rama del Derecho con un objeto científico-jurídico propio. Dicho objeto está dado por aquella porción del mundo jurídico donde ‘*la comparación entre el Derecho Proprio vigente y el Derecho Extranjero también vigente, deviene necesaria*’. A modo de ejemplo y para visualizar alguno de los supuestos que hacen a su campo temático específico, constatamos la existencia de comparación como *actividad necesaria*, frente a la tarea de Recepción Planificada por el Derecho Proprio Interno de Derecho Extranjero, la Recepción de un derecho extranjero como argumento de decisiones (normas individuales), frente a la tarea de elaboración de Derecho Uniforme. La comparación en el Derecho puede ser utilizada con independencia de los derechos

---

sociedade humana”. É, como se viu, a consagração da *Neutralidade Axiológica*, ponto que vimos defendendo, não só neste livro, como em diversos outros.

<sup>186</sup> Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1996, pp. 30-31.

extranjeros (comparación interna) estando en este caso fuera del objeto de la llamada *Ciencia del Derecho Comparado*”.

Sendo mais objetivo: se as análises sobre a presença do Estado na Economia têm por objeto de estudos a comparação entre o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico espanhol (*hoje vigentes*), encontramos-nos fazendo *Direito Comparado*; entretanto, se o mesmo tema é visto na perspectiva de como os diversos textos constitucionais brasileiros o trataram, estamos diante da *História Constitucional Brasileira*<sup>187</sup>.

Neste sentido, bastante oportuna é a observação de MARIO SARFATTI em sua Introducción al Estudio del Derecho Comparado<sup>188</sup> ao escrever que

“así como el historiador mira el derecho tal como era en los siglos pasados, el comparatista se propone examinar el derecho existente a su alrededor, haciendo éste, en la simultaneidad de los tiempos, lo que hace la historia en la sucesión de los mismos”.

Sobre a matéria, ENRICO DELL'AQUILA (Introducción al estudio del Derecho Ingles<sup>189</sup>) destaca que o *Direito Comparado* estende nossos conhecimentos “a través del espacio”, enquanto que “la *História del Derecho* nos permite enriquecer nuestra cultura con referencia al tiempo”.

---

<sup>187</sup> TOM MACKIE, y DAVID MARSH, em artigo intitulado El Método Comparativo (In DAVID MARSH y GERRY STOKER (eds.), *Teoría y métodos de la ciencia política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 181) discutem esta questão, ou seja, se é possível a comparação interna nos estudos de Ciência Política, e defendem posição afirmativa.

<sup>188</sup> Mexico: Imprenta Universitaria, 1945, p. 8.

<sup>189</sup> Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 16-17.

E continua:

“El estudio del Derecho comparado nos permite comprender mejor los distintos sistemas jurídicos: sobre todo los rasgos fundamentales de los Derechos actuales o de determinada época histórica, así como las líneas esenciales de sus desarrollos. También nos ayuda a descubrir las relaciones que hay entre las normas jurídicas por un lado, y, por otro, las realidades sociales y los problemas de la sociedad. Además de ser una gran ayuda para entender mejor los Derechos ajenos, el Derecho comparado nos da la posibilidad de explicarle nuestro sistema jurídico a un jurista extranjero y, sobre todo, nos hace comprender más profundamente nuestro propio Derecho, ya que a través del estudio y de la comparación de los Derechos extranjeros se adquiere una consciencia más clara y profunda de las características del Derecho en el cual nos hemos formado como juristas”.

Note-se que DELL’AQUILA admite a análise “de los Derechos actuales o de determinada época histórica, así como las líneas esenciales de sus desarrollos”, porém, sempre em relação a “distintos sistemas jurídicos”, enquanto que diz CIURO CALDANI<sup>190</sup> ao insistir no elemento *espaço*, afirma:

“En el derecho, se trata de relacionar los elementos comparados teniendo en cuenta

---

<sup>190</sup>

Artigo citado, p. 1081.

la plenitud *tridimensional* de lo jurídico y, sobre todo, de vincularlos al hilo de la caracterización de dichos elementos según los *valores* respectivos, que culminan en la *justicia*. Aunque las comparaciones jurídicas posibles son diversas, destacándose las perspectivas del espacio, el tiempo y la materia, el *Derecho comparado* tiene su centro de gravedad en la comparación de los derecho diferenciados en el espacio”.

### **3.2.6. O *Direito Processual Constitucional Comparado* e o *Direito Constitucional Processual Comparado***

Analizados todos os aspectos referentes ao Direito Comparado e ao Direito Constitucional Comparado, é chegada a hora de algumas palavras sobre o *Direito Processual Constitucional Comparado* e o *Direito Constitucional Processual Comparado*, valendo observar que todos os temas tratados em nosso livro O Novo Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia<sup>191</sup> constam, igualmente, do artigo já citado de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR El Amparo Iberoamericano - Estudio de derecho procesal constitucional comparado.<sup>192</sup>

Assim sendo, após escrever sobre o *Direito Comparado*, trata o citado autor do *Direito Constitucional Comparado*, nos seguintes termos:

---

<sup>191</sup> 3ª edição totalmente revista, atualizada e aumentada, Curitiba: Juruá Editora, 2010.

<sup>192</sup> In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, ano , n. , p. 79-113.

“El derecho comparado encuentra vinculación con todas las áreas que para efecto de estudio se divide la ciencia jurídica. De esta forma pueden combinarse los métodos y técnicas propias del *Derecho Comparado* y del *Derecho Constitucional*, lo que ha propiciado la aparición del denominado *Derecho Constitucional Comparado*, considerado por algunos como una parcela de carácter enciclopédico del *Derecho Constitucional*, y por otros del estudio del *Derecho Público Comparado*. Mediante la utilización del método comparativo se confrontan los distintos ordenamientos, así como su práctica constitucional y jurisprudencial, llegando a través del examen conjunto al establecimiento de conclusiones, principios y conceptos básicos generales con características sistemáticas”.<sup>193</sup>

Depois de insistir na valorização da *microcomparación* frente a *macrocomparação* (“esta puede llevar a resultados excesivamente generales y por consiguiente poco provechosos”), MAC-GREGOR doutrina que

“Esta confrontación comparativa adquiere a la vez una nueva dimensión si se refieren a las garantías constitucionales, es decir, a los mecanismos preferentemente procesales que se encuentran previstos en los ordenamientos supremos para su tutela, debido a que el método

---

<sup>193</sup>

Artigo citado, p. 82-83.

comparativo tiene que realizarse teniendo en cuenta los aportes de dos ramas autónomas, como son el *Derecho Constitucional* y el *Derecho Procesal* ambas pertenecientes a la categoría genérica del derecho público y que adquirieron autonomía científica a partir de la mitad del siglo XIX”.<sup>194</sup>

E prosigue o conocido comparatista mexicano:

“En las últimas décadas en Latinoamérica, existe la tendencia en el desarrollo de una nueva disciplina jurídica denominada Derecho Procesal Constitucional (con autonomía científica del derecho constitucional aunque con vasos comunicantes importantes), que es reconocida y aceptada con mayor fuerza entre constitucionalistas y procesalistas contemporáneos; entendiéndolo a esta materia como la rama del derecho que estudia de manera sistemática las garantías, la jurisdicción y la magistratura constitucionales. Si bien en Europa se ha venido estudiando la justicia constitucional con enfoque comparativo, la aceptación de esta nueva disciplina conduciría a la configuración también de un Derecho Procesal Constitucional Comparado”.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> Idem, p. 83.

<sup>195</sup> Idem, p. 83-84.

Em relação ao texto acima, o leitor haverá de conferir no final deste estudo o ítem em que expomos **Nossa Posição**, e verá que no tocante ao objeto de ambas as disciplinas (*Direito Processual Constitucional Comparado* e o *Direito Constitucional Processual Comparado*), nosso entendimento é diferente. No mais, ou seja, o encontro delas com a *Ciência do Direito Comparado* somos totalmente favoráveis, insistindo no fato de que a ambas são o resultado dos estudos do Direito Constitucional com o Direito Processual como um todo, ou seja, sem distinção entre Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Tributário, etc... O fundamental de tudo, é que se respeitem os campos de interesse de cada uma das novas ciências: *Direito Processual Constitucional Comparado* e o *Direito Constitucional Processual Comparado*.

Tomemos um exemplo, ou seja, o desenvolvimento assombroso dos estudos sobre *Direito Processual Constitucional* e *Jurisdição Constitucional na América Latina*.

“A que se deve esta eclosão?”

Lógico, que cada sistema nacional poderá saber suas razões, mas a aplicação de técnicas de comparação poderá responder tanto nos aspectos do *Direito Processual Constitucional*, como no do *Direito Constitucional Processual* em um conteúdo transestatal, ou seja, em termos regionais ou sob qualquer outro critério preestabelecido pelo estudioso.



Por enquanto, na lição de NÉSTOR PEDRO SAGÜES <sup>196</sup> o desenvolvimento do interesse pelo *Direito Processual Constitucional* e *Jurisdição Constitucional na América Latina* são explicados pelos seguintes fatores:

**a) – la restauración de la democracia.**

“En los años ochenta, América Latina transforma muchos de sus regímenes *de facto* en gobiernos constitucionales y democráticos”; **b) – el lanzamiento de**

**Cortes y Salas constitucionales.** “Sin perjuicio del serio antecedente inicial que significó el “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales” de la Corte Suprema de Justicia, según la Constitución de Cuba de 1940, lo cierto es que a partir de la constitución peruana de 1979 se afianza en el subcontinente latinoamericano el propósito de instituir Cortes, Tribunales o Salas constitucionales, de distinta factura, pero que a menudo concentran el control de constitucionalidad con mayor o menor fuerza centrípeta”; **c) – la motorización de la Constitución como norma jurídica.** “Otro fenómeno coadyuvante ha sido la potenciación jurídica de la Constitución, traducida por un lado, en la concepción de la Constitución como ‘norma jurídica’, esto es, como regla de

---

<sup>196</sup> In El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: Logros y Obstáculos (in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional – Proceso & Constitución. ([www.iidpcs.org/info2.php](http://www.iidpcs.org/info2.php). Acesso em 14/12/2007). Ver início deste estudo, item 2.1, a lição de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR.

derecho imperativa, directamente obligatoria para todos, en vez de la imagen decimonónica de la Constitución, imperante en algunas naciones, como *simple poesia o discurso constitucional*"; d) – **reducción de la superficie de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*)**. “Estos asuntos, en verdad, resultan extentos del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, últimamente, vários de ellos (como la constitucionalidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el estado de sítio, e incluso, en algunos casos, la adopción misma de este; la revisión de las sentencias del Senado distadas durante el juicio político, la expulsión de un legislador de su Cámara, o la negativa de ésta a incorporarlo, el juicio de razonabilidad de las sanciones disciplinarias administrativas, la constitucionalidad de amnistías e indultos, etc), pasaron a ser ‘judicializados’ a través del planteo de recursos y procesos constitucionales (amparo, recurso extraordinário federal, etc.) lo que ha implicado un crecimiento del derecho procesal constitucional para diligenciar útilmente toda esta temática”; e) – **mayores exigencias sociales para reclamar a jueces y tribunales el cumplimiento de la Constitución**. Com o fim de uma sociedade resignada ou

fatalista, “importantes sectores de la sociedad, otrora pacientes y habituados a soportar políticas o decisiones del Congreso o del Poder Ejecutivo que se reputaban privativas de estos poderes, golpean hoy las puertas de los tribunales peticionando (cuando no exigiendo) a los jueces ordinarios y a los órganos de la jurisdicción constitucional que funcionen en ciertos momentos como poderes legislativo y ejecutivo suplentes, si tales poderes políticos no actuaron, o que trabajen como correctores y fiscalizadores de éstos, mediante el control de constitucionalidad, si es que decidieron algo. (...) Esa búsqueda de soluciones en el Poder Judicial corre pareja, en algunos lugares (el problema asume situaciones disímiles en diversos países) con una seria crisis de legitimidad política y de representatividad por parte del Parlamento y de la Jefatura de Estado). (...) En términos muy generales, podría decirse que a mayor desprestigio de los poderes políticos ‘clásicos’, mayor presión a la judicatura constitucional para que ejerza su papel de poder de control sobre aquéllos, e incluso, que ingrese en áreas que años atrás se entendían como exclusivas de los mismos”.

Desnecessário dizer-se que as causas apontadas por PEDRO SAGÜES são o resultado de estudos comparados, nos quais, com certeza, utilizou de elementos de História, de

Ciência Política, Sociologia Política, etc... e qualquer outro meio que fosse útil à pesquisa empreendida. Aconselho a leitura do texto completo, cuja referência se encontra na nota de pé de página acima.

#### 4. Da *Codificação* e da *Consolidação*

Importante questão pode ser trazida ao debate neste instante, referente a conveniência, ou não, de uma *Codificação* ou *Consolidação* das normas referentes ao *Direito Constitucional Processual* e do *Direito Processual Constitucional*.

O tema apesar de ter surgido em finais do séc. XX e início do séc. XXI, não desconhece a origem remota de alguns institutos, mas se volta para a legislação atual de cada Estado, ou de cada sistema jurídico.

Sendo a *Codificação do DPC ou do DCP* uma espécie ou particularização do fenômeno *Codificação*, parecem-nos necessárias e oportunas algumas considerações sobre o tema, em sua generalidade, o que se apresenta de suma importância na *História do Direito* e no *Direito Comparado*<sup>197</sup> bem como em qualquer disciplina no seu período inicial de discussão teórica.

Neste sentido, iniciamos lembrando, como o fez PAULO GIMENES ALONSO no artigo A Crise das Codificações e uma nova forma de legislar<sup>198</sup> que

“renomados juristas sempre divergiram acerca da conveniência de se reunir as normas legais de um povo em códigos. Basta lembrar o célebre desacordo ‘*Savigny versus Thibaut*’, ocorrido na Alemanha no

---

<sup>197</sup> Veja-se IVO DANTAS, *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. 2ª edição totalmente revista, aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 196-201.

<sup>198</sup> *Intertemas – Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente: ano 1, v. 1 – Dezembro de 2000, p. 186-187. Itálicos no original.

século XIX. Encantado pelo Código de Napoleão, de 1804, o professor alemão *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840), da Universidade de Heidelberg, reeditou, em 1814, um pequeno livro denominado *Da Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha*. Neste livro, ele propunha que fossem reunidas num só código todas as leis vigentes nos diversos Estados alemães, com o que imaginava por fim ao verdadeiro caos legislativo que lá imperava, provocando verdadeira balbúrdia jurídica. *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861), figura marcante da Escola Histórica, contrário às idéias de *Thibaut* respondeu com um opúsculo que denominou *Da Vocação de Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, combatendo com veemência a proposta de seu colega de cátedra. Franz Wieacker lembra que para *Savigny* todas as codificações seriam inorgânicas, e, por isso, ou prejudiciais ou inúteis; o direito só se formaria de maneira orgânica, a partir das convicções do povo, isto é, através do costume, da ciência e da prática. Venceram as idéias de *Thibaut*, pois em 1900 entrou em vigor o Código Civil Alemão, promulgado em 1896, mas nem por isso a questão se acha esgotada. Ao contrário, depois de um longo período em que imperou a ‘glória dos códigos’, tidos como verdadeiros ‘monumentos legislativos’, vem ganhando espaço, na comunidade

jurídica, opiniões que apontam o declínio dessa forma de legislar”.

Um aspecto deve ser logo trazido à colação, a saber, o fato de que no tocante ao fenômeno da *Codificação*, a *Teoria* precedeu à *prática*, como, aliás, observa GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO (Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil <sup>199</sup>) nos seguintes termos:

---

<sup>199</sup> A propósito, além dos que estão citados no texto, consultem-se os seguintes estudos: PIO CARONI, Lecciones de História de La Codificación. Madrid: Universidade Carlos III, 2013; AA.VV. *La Codificación: Raíces y Prospectivas. El Código de Napoleón*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2002; AA.VV. História de las Constituições y los Códigos. Valência: 1977; ELEONORA CECCHERINI, La codificazione del Diritto nelle recenti Costituzioni. Milano: Giuffrè Editores, 2002; RÉMY CABRILLAC, Las Codificaciones. Santiago do Chile: Flandes Indiano, 2009; ÓSCAR CRUZ BARNEY (Cood), *La Codificación*. México: Editora Porrúa, 2006; BRUNO OPPETIT, Essai sur la Codification. Puf, 1998; GIOVANNI TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto. Il Mulino, Bologna, 1976; FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Da Codificação – Crônica de um conceito. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997; ARTHUR VIRMOND DE LACERDA, História Breve das Codificações Jurídicas. Juruá Editora, 1997; S. A. BAYTCH, La Codificación en el Derecho Civil y en el Common Law. In *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México – Nueva Serie - UNAM*. México, a. III, n°. 7, enero-abril, 1970, p. 3-57; LUIS MAISSET DE ESPANES, Codificación Civil y Derecho Comparado. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1994; LUIS MARIA CAZORLA PRIETO, Codificación Contemporánea y Técnica Legislativa. Aranzadi Editorial, 1999; WINFRIED HASSEMER, Sistema Jurídico e Codificação: a vinculação do juiz à lei. In A. KAUFMANN e W. HASSEMER (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d; BRUNO AGUILERA NARCHET, Introducción Jurídica a la Historia del Derecho. 2ª edición, Madrid: Editorial Civitas S/A, 1996, p. 26-40; ADRIANE STOLL DE OLIVEIRA, A Codificação do Direito. Jus Navigandi, Teresina, a.7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em: 22 nov. 2002; DILVANIR JOSÉ DA COSTA, Trajetória da Codificação Civil. In *Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal de Minas*

“antes que a codificação se realizasse na prática, muitos pensadores se dedicaram ao assunto. As características que um código deveria ter e os desafios que precisaria enfrentar foram discutidos. Muitos autores se perguntaram como e por quem ele deveria ser elaborado; que dimensões deveria ter; que linguagem deveria utilizar. Grandes debates foram travados em torno de sua conveniência para determinado país e época. Fartos argumentos foram suscitados entre os que defendiam a codificação e os que a repudiavam. Essas reflexões formariam o que se pode chamar de teoria da *codificação*”.

Assim, de forma didática, podemos informar que a *Codificação*, apesar de possuir antecedentes desde a Antiguidade Oriental, foi um movimento tipicamente da civilização ocidental, iniciado no século XIX, e a partir do qual, em uma perspectiva formal, pode-se falar em *direito continental* (ou *codificado*) e direito do *Common Law*, o primeiro compreendendo o sistema *francês* (Code Civil des Français ou Código de Napoleão,

---

*Gerais*, Belo Horizonte: n° 44, Jan.-Jun, 2004, p. 71-85; CRISTIANO TUTIKIAN, Sistema e Codificação. O Código Civil e as Cláusulas Gerais. In Ricardo Aronne (Organizador), *Estudos de Direito Civil – Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2204, p. 17-84; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, Introdução ao Estudo do Direito - Primeiras Linhas. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 218-237.

1804) e o sistema *alemão*, enquanto que no sistema do *Common Law* encontra-se o sistema *Anglo-Americano*.<sup>200</sup>

Sob o ponto de vista terminológico, necessário é que não sejam confundidas as expressões ***Consolidação de leis*** e ***Codificação***, tal como ensina RICARDO LUIS LORENZETTI em seu livro *Las normas fundamentales de derecho privado*<sup>201</sup>:

“Antes do advento dos Códigos *decimonónicos* <sup>202</sup> regia-se a sociedade mediante consolidações. Estas pretendiam reproduzir o Direito sem modificá-lo, visando apenas continuá-lo, melhorá-lo, em um *continuum* histórico. As obras legislativas totalizadoras constituíam inventários da regulação existente, como as da Índia, ou uma seleção de textos escolhidos, como o Digesto, ou um espelho da região, como o *Swabspiegel*. O Código, ao contrário, não é continuidade, é ruptura. Pretende criar uma nova regulação, substitutiva; ao invés de compilar, ordena, baseando-se na racionalidade. Tem um caráter de constituinte do Direito Privado”.

---

<sup>200</sup> Estas duas ‘famílias’ foram por nós detalhadamente estudadas em nosso livro *O Novo Direito Constitucional Comparado*. 3ª edição revista, atualizada e aumentada, Curitiba: Juruá Editora, 2010.

<sup>201</sup> Traduzido no Brasil com o título de *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 1998. As citações feitas neste item são da edição brasileira, p. 42-43.

<sup>202</sup> Em nota de pé de rodapé (p. 42) o editor informa que “a palavra *decimonónico* pode ser interpretada no sentido de antiquado. Do espanhol: em desuso, ultrapassado no uso pejorativo”.



Em seguida, LORENZETTI estabelece as diferenças entre as duas expressões, *Consolidação* e *Codificação*, nos seguintes termos:

“A consolidação gerava insegurança, porque não se sabia se tal ou qual disposição estaria em vigor. O Código é segurança, que se traduz em uma seqüência ordenada de artigos. A imutabilidade é uma das suas características essenciais: não se pode alterar uma parte sem mudar o todo. A legislação anterior era incognoscível para o cidadão. O Código se bosquejou como uma espécie de manual de Direito porque, como dizia Andrés Bello, ‘poderá então ser por todos manuseado, poderá ser consultado por cada cidadão nos casos duvidosos e servir-lhe de guia no desempenho de suas obrigações’. Na consolidação não havia axiomas fundantes; os princípios deviam ser rastreados em meio a um emaranhado de leis. Por outro lado, no Código, o modelo é dedutivo, baseado em axiomas, gerando uma ciência demonstrativa, cujo propósito é fazê-los evidentes no caso concreto. O sistema descodificado se baseia em uma ordem distinta, cronológica e casuística, onde não gravitam os enunciados gerais e abstratos. Na consolidação, o intérprete tinha uma enorme tarefa e era o grande protagonista. O Código, ao contrário, recorta o espaço da interpretação jurídica,

a qual se limita exclusivamente à lei e se transforma em exegese. A consolidação tem, diversamente, natureza insular, está afastada dos continentes. Ao contrário do Código, importa conhecimentos e situações de outros territórios, igualmente insulares. Seu caráter quase portuário lhe permite estabelecer contactos com a economia, a medicina, a arte da guerra, a tecnologia, incorporando seus interesses, regras e linguagem” – conclui.

MÁRIO REIS MARQUES, em fundamental estudo intitulado Codificação e Paradigmas da Modernidade, depois de observar que “Direito comum e codificação podem ser entendidos como dois sistemas jurídicos autónomos”, prossegue afirmando:

“Historicamente, pode até afirmar-se que a codificação surge como um sistema oposto e alternativo ao do *ius commune*. Trata-se esta de uma novidade que surge na Europa continental entre os finais do século XVIII e o princípio do século seguinte, mas cujo conflito com o *ius commune*, em termos de história jurídica continental, se manteve fundamentalmente nos 150 anos que decorrem entre 1750 e 1900”<sup>203</sup>.

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE<sup>204</sup>, por sua vez, depois de se referir a algumas considerações históricas, escreve:

---

<sup>203</sup> Coimbra: 2003, p. 5.

<sup>204</sup> Ob. cit. p. 26-27.

“A codificação é, em essência, um conceito que se desenvolve em vários momentos. Não é exclusivamente de um determinado período histórico. É forçoso reconhecer, porém, que a partir do jusracionalismo consolidam-se determinadas características que, praticamente, iriam ser associadas ao conceito de código”. E prossegue: “Afinal, se se pode dizer que os códigos representam, em um momento, um sistema, isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito, ou de um determinado setor do Direito, é certo que não se pode desconsiderar toda sorte de razões históricas que conduzem a sua realização. Identificam-se, portanto, na teoria da codificação, um elemento técnico, o sistema, e um elemento político”<sup>205</sup>.

Em sua obra Direito Civil – Introdução<sup>206</sup> doutrina FRANCISCO AMARAL que

“Produto do jusracionalismo é a concepção do direito como sistema, conjunto unitário e coerente de princípios e normas jurídicas. Partindo da formulação de conceitos gerais e utilizando o método dedutivo, através de uma *demonstratio more geometrico*, aplica-se o

---

<sup>205</sup> Idem, p. 27.

<sup>206</sup> 5ª edição, Revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 122.

método cartesiano ao direito e chega-se à idéia de sistema jurídico, do que a jurisprudência dos conceitos, de Puchta e Windscheid, e a parte geral dos códigos civis são a melhor expressão. Entende-se que a idéia de sistema permite uma compreensão melhor do direito, não só de ordem didática como também de direito comparado, na medida em que autoriza o confronto e o relacionamento entre sistemas diversos. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade, e, ainda a interpenetração do direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. O direito é um sistema de controle que emerge da vida, da sociedade, não podendo isolar-se da realidade que o produz. Já Savigny dizia que a ciência e a história do direito são inseparáveis do estudo da sociedade que lhe for contemporânea”.

Em verdade, quando se fala em *Codificação* como fenômeno característico do séc. XIX limitam-se os autores às análises no âmbito do Direito Privado, ou seja, aos *Códigos Civis*, a saber: o *Código Civil Francês* (1804), o *Código Civil Austríaco* (1811), o *Código Civil Italiano* (1865), o *Código Civil Alemão* (1900), e o *Código*

*Civil Suíço* (1912), dentre outros, inclusive, na América Latina <sup>207</sup>. Entretanto, para uma correta análise do fenômeno, vale lembrar que não devemos esquecer as *Codificações Constitucionais*, as quais, em última análise, foram consequência do *Surgimento das Constituições Escritas*, como fenômenos representativos da ideologia liberal <sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Vale lembrar que os denominados *monumentos legislativos* têm edição brasileira, todas com apresentação de JOSÉ DE AGUIAR DIAS: Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses - 1804 (Rio de Janeiro: Editora Record, 1962); Código Civil Alemão - 1896 (Rio de Janeiro: Editora Record, 1960); Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações (Rio de Janeiro: Editora Record, 1961); Código Civil Italiano (Rio de Janeiro: Editora Record, 1961).

No Brasil, vale lembrar a obra de TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis* (Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876), com recente edição fac-sim (Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, vols. I e II).

Sobre estes Códigos, vejam-se, dentre outros: JOSE CASTAN TOBENAS, Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental, p. 28-41; PATRÍCIA MARCELA CASAL, ob. cit. p. 72-86, FRANCISCO AMARAL, ob. cit. p. 118-119 e FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Da Codificação - Crônica de um conceito, citado, p. 69-108.

J. M. OTHON SIDOU no livro O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis (Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 82-93) faz um minucioso levantamento do tema. Ver ainda NELSON NOGUEIRA SALDANHA, Velha e Nova Ciência do Direito (Recife: Editora Universitária, 1974, p. 105-113), *O Advento dos Códigos no Direito Antigo*.

<sup>208</sup> Veja-se TARELLO, La codificazione costituzionale in America. In *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Il Mulino, Bologna, 1976, p. 559-620. Ainda: ALFONSO RUIZ MIGUEL, Una Filosofía del Derecho en modelos históricos de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo, especialmente, p. 269-291 (Madrid: Editorial Trotta, 2002); JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio In JUDITH MARTINS-COSTA (Organizadora), *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 54-71; RONALDO GATTI DE ALBUQUERQUE, Constituição e codificação: a

## 5. Unificação legislativa do DCP e do DPC. Os exemplos do Peru e de Honduras

De posse dos conceitos de *Codificação* e de *Consolidação* discutidas acima, verifica-se que em relação ao ***Direito Processual Constitucional*** e ao ***Direito Constitucional Processual*** constatamos, atualmente, 2 (duas) orientações, a saber:

a) - uma crescente legislação em diversos sistemas jurídicos estrangeiros, tratando de temas como *Controle de Constitucionalidade*, *Habeas Corpus*, *Recurso de Amparo* etc..., e fazendo com que algumas editoras européias em suas edições sobre o texto da Constituição, incluam como anexas diversas leis específicas, inclusive, a Lei que regulamenta o Tribunal Constitucional. As edições brasileiras começam a seguir o mesmo caminho, como forma de facilitar o uso da Constituição e a legislação constitucional ordinária ou complementar;

b) – alguns sistemas jurídicos, inclusive na América Latina, estão partindo para uma *Codificação* (ou sistematização em uma só Lei) de toda a regulamentação que trata dos temas referentes aos *Direitos e Garantias da Constituição* (Controle de Constitucionalidade) e *Direitos e Garantias do Indivíduo* (Habeas Corpus, Recurso de Amparo etc...) <sup>209</sup>.

Nesta segunda orientação, assumimos a defesa de um ***Código Constitucional*** em nosso livro Constituição &

---

dinâmica atual do binômio. In JUDITH MARTINS-COSTA (Organizadora), *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 72-86.

<sup>209</sup> Vale lembrar que em Portugal, de uma maneira generalizada, a publicação da Constituição da República traz sempre a *Lei do Tribunal Constitucional* (ex: Coimbra: Almedina, 2005). Em Espanha, são bem conhecidas as publicações da Ediciones Civitas (*Leyes Políticas del Estado*) e da Editorial Colex (*Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

Processo <sup>210</sup> que incluisse não só a Constituição, mas os Regimentos do STF e STJ, súmulas as leis que tratassem do **Controle de Constitucionalidade**, bem como aquelas que digam respeito aos **Remédios Constitucionais**, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, etc.

Assim, entre nossa idéia é no sentido de que já poderíamos realizar, pelo menos, uma **Consolidação das Leis do Processo Constitucional** que unificasse as diversas normas referentes à matéria, a saber:

a) - **Ações de Controle da Constitucionalidade**, ou seja, a **Lei nº 9.868, de 10.11.99** (DOU 11.11.99) que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*” e a **Lei nº 9.882, de 03.12.99** (DOU 3.12.99), que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”.

b) - **Remédios Constitucionais** e que, atualmente, se encontram espalhadas na Constituição, nos Códigos e na Legislação Extravagante, como se vê:

**Mandado de Segurança** (CF, art. 5º, incisos **LXIX e LXX**):

---

<sup>210</sup> Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 330-331. Esta referência foi feita por DOUGLAS ZAIDAN e EDUARDO BORGES em artigo intitulado O Código da Vez? publicado em <http://criticaconstitucional.com/o-codigo-da-vez/>. A Ordem dos Advogados do Brasil criou uma **Comissão Especial de Juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional – Gestão 2013/2016**, composta pelos seguintes membros: PAULO BONAVIDES (Presidente). JOÃO OTÁVIO PEREIRA MARQUES, FLÁVIO PANSIERE, HENRIQUE PANDIM BARBOSA MACHADO, FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, DIEGO DE PAIVA VASCONCELOS, GABRIEL PAULI FADEL, LUIZ ALBERTO GURHÃO SAMPAIO DE CAVALCANTE ROCHA, MÔNICA HERMAN SALEM CAGGIANO, PAULO LOPO SARAIVA e CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO.

\* Lei nº 12.016, LEI N. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que revogou Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

***Habeas Corpus* (CF, art. 5º, inciso LXVIII):**

Código de Processo Penal, arts. 647 a 667.

***Habeas Data* (CF, art. 5º, inciso LXII):**

Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 – Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *Habeas Data*.

***Ação Popular* (CF, art. 5º, inciso LXXIII):**

\* Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 – Regula a Ação Popular.

***Ação Civil Pública* (CF, art. 129, inciso III):**

\* Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (*vetado*) e dá outras providências;

\* Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989 – Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

***Exercício da Cidadania* (CF, art. 5º, LXXVI, *a e b*):**

\* Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995 – Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações;

\* Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 – Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição,



dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Pelo levantamento feito, verifica-se que, na verdade, não existe nenhum exagero de nossa parte com a posição que defendemos.

Em anexo às edições àqueles textos legislativos, poderiam constar dentre outros, os Regimentos do STF e do STJ e suas respectivas *Súmulas*, o Regimento Comum do Congresso Nacional, o Regimento Interno do Senado Federal e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE e ANDRÉ RAMOS TAVARES escrevem, em artigo intitulado Por que um Código Processual Constitucional?<sup>211</sup> que:

“Desde meados do século XIX à nossa América foram incorporados diversos instrumentos de controle que permitiram, ainda no liminar de nossa tradição jurídica, estabelecer balizas controláveis em relação aos novos Estados que surgiam. Assim ocorreu no Brasil, durante o Império, período no qual foi incorporado um precioso instrumento como o *habeas corpus*, já em 1830 (constitucionalizado em 1891). E por meio de estudos a doutrina e a jurisprudência reconheceram uma abrangência dessa ação para além da preservação da liberdade de ir e vir. Ficou mundialmente conhecida como a ‘Doutrina brasileira do *habeas corpus*’,

---

<sup>211</sup> In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Editora Fórum e Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, ano 4, n. 16, outubro/dezembro 2010, p. 17-18.

consolidada na vigência da Constituição de 1891 e mantida sua Reforma, em 1926. No Perú o *habeas corpus* foi proposto pelas Câmaras Legislativas em Projeto de 1892, sancionado em 1897. Curiosamente, o *habeas corpus* aparecerá, na Constituição peruana de 1933, como um instituto processual constitucionalmente ampliado, com alcance alargado para alcançar a proteção de *todos os direitos* individuais e sociais. Mais tarde, em 1841, criar-se-ia no México, o mundialmente reverenciado ‘amparo’, que teria tão grande influência primeiro na América Central e, depois, na América Latina”.

Referindo-se ao momento presente, os autores lembram que

“em alguns países se criaram leis gerais sobre o tema, como na Costa Rica, em 1989, e, poder-se-ia dizer, no caso do processo constitucional objetivo no Brasil, no Brasil, em 2000, embora ainda sem a formatação de um Código. Absoluta novidade foi a construção de um Código Processual Constitucional na província argentina de Tucumán, em 1999, por iniciativa de Sérgio Díaz Ricci. Em seguida, assistiu-se à criação inovadora de um Código dessa natureza em âmbito nacional, no caso do Peru, em 2004, após muitos anos de análise e discussões”.

A citação acima, nos encaminha à lembrança de que nos dias de hoje, no Brasil, já existe uma vasta legislação de

conteúdo processual constitucional, sem, porém se falar em *Consolidação* nem *Codificação*. Caso a idéia não seja simpática aos governantes e mesmo à boa parte da Doutrina, cremos que poderia ter sido criado um Título no anteprojeto do *Código de Processo Civil*, até porque, este documento traz em sua abertura, referência aos *princípios constitucionais processuais*.

Com referência ao Peru, podemos citar o seu ***Código Procesal Constitucional de la República (Ley n° 28237, de 06.05.2004)***<sup>212</sup>, valendo mencionar-se ainda o caso de Honduras com a ***Ley sobre Justicia Constitucional (Ley n° 224, de 30.08.2004)***<sup>213</sup>.

No caso do Peru, é exemplo bem elucidativo do que se afirma, seu *Artículo I (Alcances)*, ao determinar<sup>214</sup>:

“El presente Código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200° y 202° inciso 3) de la Constitución”.

Em Honduras, após 5 (cinco) *considerandos*, e conforme texto publicado em *La Gaceta* (3.09.2005, n° 30.792), a ***Ley sobre Justicia Constitucional*** estabelece em seu *Artículo 1* que

“la presente ley tiene por objeto desarrollar las garantías constitucionales y

---

<sup>212</sup> A propósito, mencione-se JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR, (Coord), *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*, Arequipa, Peru: Editorial Adrius, S.R.L, 2009.

<sup>213</sup> Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-11notnor-hond.htm>

<sup>214</sup> Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-06notnor-per3.htm>

las defensas del orden jurídico constitucional”, enquanto que logo em seguida (*Artículo 2*) fixa a *Regla de Interpretación y Aplicación*, determinando que “las disposiciones de esta ley se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional”<sup>215</sup>.

## 6. Fontes

A análise das *Fontes* em qualquer ramo da *Ciência Jurídica* levanta questões de ordem epistemológica, sobretudo porque, se por um lado, e como observa NELSON SALDANHA (*Legalismo e Ciência do Direito* <sup>216</sup>), "a teoria das fontes teve seu nascedouro *privatista*, e só posteriormente se cogitou de trazê-la ao direito público", por outro, possuem as elas (fontes) um *caráter multívoco*, e não apenas *equivoco* como têm advogado alguns autores, além de imprópria e metafórica.

Neste sentido (*multívoco*), ÁLVARO MELO FILHO, em artigo intitulado O Direito Doutrinário - seu campo de ação e sua influência <sup>217</sup> alinha quatro sentidos para a expressão, a saber:

"a) - ela pode aludir à *origem* do Direito, ou seja, às causas que o tornam criado e configurado como tal; b) - a mesma palavra pode ser interpretada no sentido

---

<sup>215</sup> O Projeto do qual resultou a Ley 244/2004, encontra-se em <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-01notnor-hon1.htm>

<sup>216</sup> São Paulo: Editora Atlas, 1977, p. 96.

<sup>217</sup> In *Revista do Ministério Público do Ceará*. Fortaleza, 1976. Publicado, igualmente, no livro Direito: Fundamentos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, p. 39 e segs.

de *manifestação* do Direito, ou seja, a expressão visível e concreta do Direito mesmo. Para muitos o Direito seria uma entidade difícil de ser apreendida em si, e suscetível de captação através da via indireta de suas manifestações; c) - a palavra 'fonte' pode significar também a *autoridade* da qual emana o Direito. Nesta acepção, por exemplo, o legislador seria uma fonte do Direito, porquanto dele emanam as normas legislativas e, finalmente, d) - também se tem atribuído à mesma palavra o significado de *fundamento de validade* das normas jurídicas. Porquanto as fontes seriam as normas jurídicas superiores nas quais se subsumem outras de hierarquia normativa inferior para obter validade formal".

Da *impropriedade da expressão*, AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA em sua Introducción al Derecho<sup>218</sup> afirmam que

"es ya tradicional en la teoría del derecho plantear, con la expresión metafórica *fuentes del derecho*, el problemático tema común que englobaría en un género único a la *legislación (ley)*, la *costumbre*, la *jurisprudencia* y la *doctrina*. Pese a las numerosas objeciones que há provocado este esquema y a equívocos que indudablemente encierra, vamos a seguirlo

---

<sup>218</sup> 12ª edición, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 259.

en nuestra exposición ocupándonos primero del tema de las fuentes en general e, sucessivamente, de la costumbre, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina".

R. LIMONGI FRANÇA, na Enciclopédia do Direito Brasileiro <sup>219</sup>, por também reconhecer o caráter metafórico da expressão e ficar incomodado, prefere a designação "formas de expressão do Direito".

Realmente, não são poucos os autores que, como LIMONGI, e após reconhecerem a *impropriedade da expressão*, chegam a substituí-la por *formas*, ao mesmo tempo em que, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO (O Direito - Introdução e Teoria Geral <sup>220</sup>), ANTÔNIO CHAVES (Introdução à Ciência do Direito <sup>221</sup>) e HANS Kelsen (Teoria Pura do Direito e Teoria General del Derecho y del Estado <sup>222</sup>) enxerguem o mesmo fenômeno, continuam a utilizar a expressão "por mero comodismo".

Dois pontos ficam evidenciados: em primeiro lugar, existe uma necessidade urgente de que se use uma expressão que atenda aos cânones científicos, ou seja, a *precisão terminológica* sobre a qual nos temos batido em diversos trabalhos; em segundo lugar, e como consequência, a irrenunciabilidade de analisar-se o tema nos textos introdutórios e epistemológicos do Direito, não só em uma perspectiva jurídico-política (constitucional, portanto), mas e também sociológica, isto sem esquecermos a lição que nos foi legada por A. L. MACHADO NETO (Teoria Geral do Direito <sup>223</sup>) ao escrever que

---

<sup>219</sup> São Paulo: Editora Saraiva, 1974, Vol. 30, verbete *Jurisprudência*. Ver O Direito, a Lei e a Jurisprudência. São Paulo: Editora RT, 1974, p. 94.

<sup>220</sup> Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 1977, p. 215.

<sup>221</sup> São Paulo: Editora RT, 1978, p. 145.

<sup>222</sup> Teoria Pura del Derecho. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1974, p. 324; Teoria del Estado. México: UNAM, 1979, p. 155.

<sup>223</sup> Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1966, p. 179.

"no estudo das fontes do Direito já não mais nos situamos na temática da lógica jurídica formal, cujo estudo não transcende o plano lógico-formal da norma e os elementos que a compõem em implicação imputativa; mas, ao contrário, nosso âmbito de investigação passa a ser de índole inequivocamente lógico-transcendental, porque enfrentando a norma como conhecimento em vez de como mero pensamento. Em outros termos: a investigação acerca das fontes do Direito é uma pesquisa sobre as instâncias normativas mediante as quais se torna possível conceituar juridicamente a conduta dos indivíduos. Enquanto na teoria da relação jurídica a indagação não extravasa do puro âmbito normativo dos elementos ligados pela imputação, no presente estudo, já nossa indagação se situa no extraformal de perquirição da norma que se há de aplicar a cada caso para interpretar juridicamente a conduta dos protagonistas".

No caso específico do Direito Constitucional, entretanto, e pelo menos por parte de boa parte dos autores nacionais, o tema vem sendo esquecido, muito embora, na literatura estrangeira monografias existam a ele dedicadas <sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Na Espanha, por exemplo, o tema é bastante analisado, como se verifica nas seguintes referências: IGNACIO DE OTTO, Derecho Constitucional - Sistema de Fuentes (Barcelona: Ariel, 1987); FRANCISCO LOPEZ RUIZ, Fuentes del Derecho y Ordenamientos Juridicos (Valencia: Tirant lo blanch, 1997); REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ, El Estado

Neste item, não temos a intenção de esgotar o tema, mas apenas enfrentá-lo em seus aspectos principais, sobretudo, oferecendo uma *contribuição pessoal à revisão das propostas de classificação das fontes*.

No entender de PAULO BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional<sup>225</sup>)

"segundo aproximadamente as classificações de Xifra Heras e Biscaretti di Ruffia, em que as fontes aparecem como *formas de manifestação* da norma jurídica, podemos, no Direito Constitucional, distinguir *duas modalidades de fontes*: as *escritas* e as *não-escritas*. As *fontes escritas* abrangem: a) - as leis constitucionais; b) - as leis complementares ou regulamentares - figura especial de leis ordinárias que servem de apoio à Constituição e fazem com que numerosos preceitos constitucionais tenham

---

Constitucional y su Sistema de Fuentes (Valencia: Tirant lo blanch, 2000); ANTONIO M. GARCÍA CUADRADO, Derecho Constitucional. La Constitución y las Fuentes del Derecho Constitucional. Tercera edición renovada, Alicante: 1997.

No Brasil, veja-se a monografia de ELCIAS FERREIRA DA COSTA, As Fontes do Direito Constitucional (Recife: Edição OAB-FASA-UNICAP, 1986), além de J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, Curso de Direito Constitucional (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 25 e segs); PAULO DOURADO DE GUSMÃO, Manual de Direito Constitucional (Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 22 e segs); WILSON ACCIOLI, Instituições de Direito Constitucional (Rio de Janeiro, 1978, p. 16 e segs) e IVO DANTAS, Direito Constitucional e Instituições Políticas. Bauru (SP): Editora Jalovi, 1986 (esgotado).

<sup>225</sup> 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 37-38. Itálicos nossos.



aplicação; c) - as prescrições administrativas, contidas em regulamentos e decretos, de importância para o Direito Constitucional, desde que, recebendo a delegação de poderes, entre o governo no exercício da delegação legislativa; d) - os regimentos das Casa do Poder Legislativo, ou do órgão máximo do Poder Judiciário (o caso concreto referido pelo Prof. Afonso Arinos da relevância desses documentos quando se deu pelo TSE a cassação do registro do Partido Comunista Brasileiro); e) - os tratados internacionais, as normas de Direito Canônico, a legislação estrangeira, as resoluções da comunidade internacional pelos seus órgãos representativos, sempre que o Estado os aprovar ou reconhecer; f) - a jurisprudência, não obstante o caráter secundário que as normas aí revestem, visto que, em rigor, a função jurisprudencial não cria Direito, senão que se limita a revelá-lo, ou seja, a declarar o Direito vigente (sua importância constitucional é, todavia, extraordinária, atestada pelo exemplo dos Estados Unidos, onde as sentenças da Suprema Corte, conforme assinala Sanchez Agesta, integram quase metade da Constituição)<sup>226</sup>; g) - e, finalmente, a doutrina, a palavra

---

<sup>226</sup> Temos sempre insistido no fato de que, por este motivo, a Constituição dos EUA não é tão sintética como muitos proclamam.

dos tratadistas, a lição dos grandes Mestres, que desde Savigny se reputa uma das fontes do Direito, com o caráter auxiliar de fonte instrumental ou de conhecimento, e não propriamente de fonte técnica (Xifra Heras). Quanto às *fontes não-escritas*, são, essencialmente, duas: o costume e os usos constitucionais. O costume forma-se quando a prática repetida de certos atos induz uma determinada coletividade à crença ou convicção de que esses atos são necessários ou indispensáveis. Funda-se, pois, o costume no consentimento tácito que o uso reiterado autoriza. Uma de suas características, conforme Waline, é a de que ele se gera 'sem intervenção dos órgãos de um grupo social'" <sup>227</sup>.

Em seguida, BONAVIDES em texto que merece ser trazido à colação, faz uma análise dos *costumes e usos constitucionais*, nos seguintes termos:

"Sua importância para o Direito Constitucional é imensa. Autores do tomo de Duverger chegam a admitir que ele não

---

<sup>227</sup> Ob. cit. p. 38. Sobre *Costume como Fonte do Direito*, vejam-se JORGE RAUL POVIÑA, Costumbres y Usos Constitucionales (Instituto de Derecho Público, Universidad Nacional, Tucuman, 1950), W MAGED ELHEL, La Coutume Constitutionnelle en Droit Public Français (Paris: Librairie Duchemin, 1976), PEDRO JOSÉ GONZÁLEZ TREVIJANO, La Costumbre en Derecho Constitucional (Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1989) e JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, Derecho Constitucional Consuetudinario (Universidad Nacional Autónoma de México, 1993). Neste último, é de ressaltar-se, o capítulo VI, intitulado *La Costumbre Constitucional en el Derecho Comparado* (p. 121-132).

somente completa como modifica a Constituição. Heras entende que o costume constitucional guarda traços peculiares, e estes ordinariamente não acompanham as demais normas do Direito Constitucional. Tais traços vêm a ser: a) - a *criação pública*, pelos instrumentos da autoridade,, e não pelos particulares, contrastando a publicidade do costume constitucional com o anonimato de que a tradição reveste o costume no Direito Privado; b) - a *racionalidade*, pois 'o costume constitucional é mais racional do que tradicional' e nele - acentua o mencionado constitucionalista - a prática cede à convicção jurídica e o fato à intenção; c) - a *brevidade*, uma vez que o costume se afirma como tal em espaço mais curto de tempo, e d) - a *flexibilidade*, oriunda da natureza política ou do conteúdo do costume constitucional, relativo sempre a questões públicas fundamentais. Os usos constitucionais compõem, enfim, a Segunda categoria das fontes não-escritas. Sua relevância é maior nos países desprovidos de Constituição escrita ou que a possuem em textos sumários. No caso da Inglaterra, certos usos (*conventions of the Constitution*), como a dissolução dos Comuns, a convocação do Parlamento, constituem matéria constitucional de suma importância. Igual fenômeno verifica-se também nos

Estados Unidos, onde as convenções partidárias e algumas práticas de funcionamento do Poder Executivo se assentam tão-somente em usos constitucionais, cuja importância fica, assim, sobrejamente demonstrada. Debate-se, do ponto de vista doutrinário, qual a natureza desses fatos, se pertencem ou não à esfera jurídica, se engendram ou não normas de Direito ou se constituem apenas meras praxes convencionais que a tradição, a moral, a convenção e a cortesia autorizam ou aconselham. Constitucionalistas franceses da envergadura de Hauriou e Burdeau admitem o caráter jurídico dos usos constitucionais, equiparando-os a verdadeiras regras de Direito, ao passo que os constitucionalistas ingleses se mostram mais prudentes, manifestando a esse respeito fortes dúvidas, quando não aderem de plano ao ponto de vista de Dicey, que recusa categoricamente valor de preceitos jurídicos às 'convenções' - por conseguinte, aos usos constitucionais, nomeadamente em razão de carecerem de aplicação ou reconhecimento judicial"<sup>228</sup>.

Em nossa maneira de entender a questão, em verdade só existe uma fonte do Direito, qual seja o ***fato social da***

---

<sup>228</sup> Idem, p. 38-39. Os itálicos constam do texto original. Consulte-se o capítulo *O Papel da Prática na Formação do Direito Constitucional*, de autoria de FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, inserido em seu livro Sistema Constitucional Brasileiro (Rio de Janeiro: Editora Espaço, 1996, p. 382 e segs).

**necessidade**, isto porque só esta (a necessidade) impulsiona para a criação de uma *norma escrita* ou mesmo um *uso ou costume* que a regulamente, determinando *padrões de comportamento*.

Por outro lado, *as maneiras de apresentação das normas constitucionais*, são aquelas enumeradas na própria Constituição, ao tratar do *Processo Legislativo* (Constituição Federal, art. 59).

De forma simplificada, poderíamos dizer que *as formas de manifestação da norma constitucional* ocorre através da *Constituição*, da *Lei* (em sentido amplo) e dos *Tratados*, estes últimos em obediência à previsão contida no mencionado art. 5º, § 2º da CF.

No que diz respeito às fontes mediatas, de logo se verifica que já não estamos entendendo tais categorias como de força obrigatória, mas sim, como mediata ou imediatamente capazes de fundamentar decisões judiciais e/ou inspirar alguma norma de Direito Constitucional, formalmente considerada e em qualquer de suas formas.

Com esta compreensão, temos o seguinte quadro:

| Formas de Apresentação da Norma Constitucional CF, arts. 59 e 5º §§ 2º e 3º | Fontes Mediatas        | Fonte Real ou Material     |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------------------|----------------------------|
| 1. Emendas à Constituição                                                   |                        |                            |
| 2. Leis Complementares                                                      | 1. Doutrina            |                            |
| 3. Leis Ordinárias                                                          | 2. Direito Estrangeiro |                            |
| 4. Leis Delegadas                                                           | 3. Jurisprudência      | Fato Social da Necessidade |

|                                                 |                             |  |
|-------------------------------------------------|-----------------------------|--|
| 5. Medidas Provisórias                          | 4. Usos Constitucionais     |  |
| 6. Decretos Legislativos                        | 5. Costumes Constitucionais |  |
| 7. Resoluções                                   |                             |  |
| 8. Tratados Internacionais (art. 5º §§ 2º e 3º) |                             |  |

É evidente, que a *Teoria das Fontes* assume, em cada ramo do *Direito Positivo*, particularidades que

não podem ser deixadas de lado, o que são exemplos, para o Direito Penal e o Direito Tributário, a legalidade estrita que neles se exige.

Finalmente, destaque-se que importante fonte para os nossos estudos é a *Jurisprudência Constitucional*, sobretudo, aquela oriunda do Supremo Tribunal Federal, a ponto de já existirem autores que falam de um *Direito Constitucional Jurisprudencial*.

## 7. Nossa posição

Diante de tudo o que foi escrito, devemos assumir posição frente aos temas tratados, a saber:

a) – qual o objeto do *Direito Processual Constitucional* e do *Direito Constitucional Processual*?

b) – o *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual* pertencem ao *Direito Constitucional* ou ao *Direito Processual*?

Iniciemos pela primeira questão, lembrando que estabelecer-se a diferenciação entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, pelo visto, não é matéria de fácil solução, sobretudo, por se tratar de matéria de cunho *epistemológico*

<sup>229</sup>, razão pela qual qualquer que seja a proposta apresentada, sempre encontrará concordâncias e/ou discordâncias.

A nosso ver, poderíamos afirmar que o ***Direito Processual Constitucional*** traz consigo dois objetos de análise, a saber:

a) - preocupa-se com a denominada ***Jurisdição ou Tribunal Constitucional*** (composição, mandato, formas de indicação de seus membros) e com as ações que visam a integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje formam o ***Controle de Constitucionalidade (concentrado e difuso)*** <sup>230</sup>;

b) – consagração de ações tipicamente constitucionais e que dizem respeito à ***Jurisdição constitucional das liberdades*** - denominadas de ***Ações ou Remédios Constitucionais*** – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os ***Direitos Individuais e Coletivos***, constitucionalmente assegurados. Aqui, encontramos, como exemplos históricos, o ***Habeas Corpus*** e o ***Mandado de Segurança***, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, acrescentem-se os institutos do ***Habeas Data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública***, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos <sup>231</sup>.

O ***Direito Constitucional Processual*** volta-se para o estudo das Garantias principiológicas do *processo* e do *procedimento*, ou seja, à análise do *Due process of Law*.

---

<sup>229</sup> Por ser análise filosófica, está marcada por *juízos de valor*, variáveis de autor para autor.

<sup>230</sup> A propósito, veja-se IVO DANTAS, O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Suprlegalidade Constitucional. 2ª edição, revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

<sup>231</sup> Cf. FAVELA, ob. cit. p. 29.

Pode-se ainda fazer referência ao ***Direito Constitucional Judicial***, tendo com o objeto o ***Poder Judiciário*** e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do ***Ministério Público***, e as ***Funções Essenciais à Justiça***.

Esquemáticamente, temos o seguinte quadro:

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Direito Processual Constitucional:</b><br/><i>Jurisdição, Justiça ou Tribunal Constitucional;</i><br/><i>Estrutura e composição dos Tribunais Constitucionais;</i><br/><i>Garantia da Supralegalidade Constitucional e as formas de torná-la efetiva: Controle de Constitucionalidade;</i><br/><i>Remédios Constitucionais (Jurisdição constitucional das liberdades).</i></p> <p><b>Direito Constitucional Processual:</b><br/><i>Garantias referentes ao processo e ao procedimento: due process of law.</i></p> <p><b>Direito Constitucional Judicial:</b> <sup>232</sup><br/><i>Estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público. Garantias e impedimentos. A Advocacia como função essencial à Justiça.</i></p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Insistamos no que foi dito acima: toda reflexão de *natureza epistemológica* (no nosso caso, *Epistemologia Jurídica*, entendida como *Filosofia da Ciência do Direito*) que tenta delimitar campos do saber, tem uma natureza valorativa, variando, portanto, de autor para autor, razão pela qual, o entendimento por nós esposado não é pacífico para a totalidade da Doutrina que se preocupa com o tema.

---

<sup>232</sup> Não é neste sentido o livro de DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, intitulado El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial (Tercera reimpresión, Bogotá: Legis Editores, 2002). Neste, o autor trata da Obrigatoriedade do precedente constitucional, analisa sentenças e linhas jurisprudenciais e, especificamente, sob o título de *Teoría del Derecho Judicial*, discute “el papel político y jurídico de la jurisprudência em la crítica anti-formalista al derecho”.



Deste fato decorrem duas conseqüências, a saber:

a) - mesmo frente às discordâncias doutrinárias, não deixam os autores de reconhecer a *íntima relação* existente entre a *Constituição* e o *Processo*;

b) - mesmo que aceita a diferenciação entre *Direito Processual Constitucional* e/ou *Direito Constitucional Processual*, um livro ou curso que tente cobrir todo o campo das relações *Constituição* e *Processo* o fazem de forma abrangente, isto é, tratam da *Jurisdição ou Tribunal Constitucional* e do *Controle de Constitucionalidade*, da *Jurisdição constitucional das liberdades* e os *Remédios Constitucionais*, *Princípios Constitucionais do Processo* (Penal, Civil, Administrativo, Fiscal, Eleitoral, etc. - *Direito Constitucional Processual*)<sup>233</sup>.

Passemos ao segundo problema, ou seja, o *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual* pertencem ao Direito Constitucional ou ao Direito Processual?

Em que pese a posição de BELAUNDE, a nós nos parece que ambas as disciplinas – *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual* pertencem muito mais ao *Direito Constitucional* do que ao *Direito Processual*, embora, e é evidente, se valha de conceitos e normas da Ciência Processual.

Seus matizes estão na *Constituição* e sua autonomia (didática e doutrinária) se deve à elevação da matéria processual ao nível das *Constituições*.

Entretanto, apesar das posições epistemológicas defendidas pelas diversas correntes, de uma realidade não se pode fugir, ou seja, que a cada dia aumenta o interesse pelos temas relacionados tanto no *Direito Processual Constitucional* como no

---

<sup>233</sup> Esta é a justificativa para a presença de certos temas que são tratados neste livro e que, antes de representarem uma contradição com o posicionamento defendido, mostra a impossibilidade de uma separação rígida em qualquer campo da Ciência do Direito.

*Direito Constitucional Processual*, os quais estão se fazendo cada vez mais presentes nos Cursos Jurídicos, sobretudo, em nível de Pós-Graduação.