

# A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NA EUROPA<sup>1</sup>

*Bogusław Banaszak*<sup>2</sup>

## I. INTRODUÇÃO

A proteção de um indivíduo contra sua prisão (*habeas corpus*) foi introduzida já no Século XVII na Inglaterra. Desde então, ela se transformou em proteção contra interferência ilegal de autoridades públicas no âmbito dos direitos individuais. Todavia, cumpre notar que outros eventuais avanços desta proteção foram obstaculizados na Inglaterra pela falta de uma constituição escrita.

A situação foi diferente nos Estados Unidos da América. Neste país a constituição deitou as bases para a proteção do indivíduo ao estabelecer, no começo do Século XIX, que todo e qualquer indivíduo que fosse parte em procedimentos jurídicos poderia levantar uma objeção arguindo a inconstitucionalidade de qualquer disposição normativa que fosse utilizada como fundamento da decisão do tribunal. Portanto, em tal situação, não é necessário haver nenhum outro instrumento especial para a proteção de direitos constitucionais. Assim, qualquer pessoa cujos interesses jurídicos [constitucionais] forem violados, e que possa provar tal violação, está intitulada para demandar perante os tribunais. Não obstante, a violação deve ser real e concreta.

Partindo-se do pressuposto de que os juízes são obrigados a respeitar a constituição, neste país, a legitimidade para resolver qualquer caso relacionado com inconstitucionalidades foi atribuída aos tribunais. Em caso de eventuais conflitos entre a constituição e outras normas hierarquicamente inferiores a prioridade é dada para a constituição.

No sistema americano todas as decisões jurídicas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade nas instâncias inferiores. Se uma regulação “infraconstitucional” é inconsistente com a constituição, isso não significa que ela não é válida, mas apenas que ela está excluída do caso concreto julgado pelo tribunal (*precedente law*). Para entrar com processos de controle de constitucionalidade na Suprema Corte é necessário preencher o requisito do

---

1 Traduzido do original, em língua inglesa, por Pedro Henrique Ribeiro.

2 \* Boguslaw Banaszak é Professor na Universidade de Wroclaw, na Polônia. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro (USP/FAPESP).

esgotamento das vias administrativas e judiciais). O sistema norte americano foi adotado por muitos países Latino-americanos e, em certa medida, por alguns países europeus.

Diversos países promulgaram suas constituições nos Séculos XVIII e XIX com base na idéia francesa de regulação jurídica que tratava o ato jurídico como sendo parta da “vontade comum”, vinculante e obrigatória para todos os juízes, que deviam respeitá-la. Nestes países era impossível, portanto, adotar o sistema judicial de proteção de direitos individuais assegurados constitucionalmente.<sup>3</sup>

Entretanto, alguma proteção era possível, quando vinda do outro lado – ou seja, do controle constitucional de autoridades do Poder Executivo, controle tal que, para ser consistente com a constituição, também vinculava as autoridades judiciais. A Bavária, em 1814, foi um dos primeiros países a trazer ao seu ordenamento jurídico a possibilidade de ajuizamento de ação contra autoridades do Poder Executivo que violassem direitos constitucionalmente garantidos. A constituição Bávara de 1818 também deu aos estados a possibilidade de entrar com uma ação de uma reclamação ao Rei em caso de desobediência da Constituição. O Rei tinha duas possibilidades: ele poderia de transferir o caso ou para a Suprema Corte ou para uma instituição política tal como o Conselho do Estado (*State Council*). A rigor, não se tratava de uma reclamação judicial propriamente dita, mas sim de um tipo especial de petição.

Cumprir notar que o termo “reclamação constitucional” (“*constitutional complaint*”) deita suas bases na Alemanha (que cunhou o termo *Verfassungsbeschwerde*). Foi na doutrina jurídica da Alemanha do Século XIX que este termo foi cunhado pela primeira vez,<sup>4</sup> provavelmente sob a influência do Projeto da Constituição Alemã de 1849 (§ 126, I, “g” e “h”). O termo encampava um direito dos cidadãos a uma ação no Tribunal Constitucional Alemão que visava a proteger seus direitos constitucionalmente garantidos. O projeto permitia duas possibilidades de entrar com a reclamação:

- Caso o país não tenha oferecido nenhuma possibilidade para que cidadãos defendam seus direitos constitucionais perante o Tribunal,
- Caso os cidadãos não pudessem se valer de nenhuma outra medida judicial para a proteção de seus direitos constitucionais

3 L. Garlicki, *Trybunał konstytucyjny*. (Tribunal Constitucional), Warsaw 1998, p. 63. [NT1 - Nota do tradutor (de agora em diante NT)]: Nas notas de rodapé, as traduções dos títulos fornecidas *entre parênteses* foram feitas por *Banaszak* vertendo o original em Polonês para o inglês, que, posteriormente, foram vertidas por mim do inglês para o português.

4 E. Schumann. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*. Berlin 1963, p. 154.

A Constituição baseada neste projeto nunca foi promulgada.

Outro país europeu que permitiu a possibilidade de uma reclamação individual contra a desobediência de direitos constitucionais por autoridades do Poder Executivo foi a Áustria-Hungria [*Império Austro-Húngaro*] em 1867. O conceito Astro-húngaro era semelhante àquele cunhado pela Constituição Bávara de 1919, mas ele não trazia consigo a obrigação de exaurir todos os procedimentos administrativos possíveis antes de ajuizar a reclamação perante o tribunal. A Constituição Bávara era a única em toda a República de Weimar que dispunha esta norma.

Depois da dissolução da monarquia em 1920 foi fundado o Tribunal Constitucional. Ele consistia em uma nova forma de proteger a Constituição, mas, infelizmente, ele não criou nenhum novo método de proteção dos direitos individuais e todas as reclamações possíveis ainda deveriam ser relacionadas a procedimentos administrativos.

Posteriormente, em 1931, o artigo 31 da Constituição espanhola deu ao Tribunal Constitucional daquele país uma nova competência, a saber: ele poderia conhecer diretamente reclamações relacionadas com a proteção de direitos dos cidadãos que eram ineficientes perante outras autoridades públicas.

Finalmente, após a Segunda Guerra Mundial,<sup>5</sup> diversos sistemas jurídicos adotaram um novo e independente instituto desenhado para garantir - diretamente nos Tribunais Constitucionais - a proteção contra a violação de direitos constitucionais por parte de autoridades públicas.<sup>6</sup> A precursora desta solução foi a Bavária. A Constituição Bávara de 1946<sup>7</sup> incorporou amplas medidas de proteção. Além disso, no nível federal, a Alemanha, na Lei do Tribunal Constitucional Alemão de 1951,<sup>8\*</sup> forneceu um instituto adequado para a proteção dos indivíduos. É necessário reconhecer que, anteriormente, no período dos debates sobre a constituição Alemã, em 1949, um tipo de instituto como havia sido mencionado, contudo, o Conselho Parlamentar argumentou que, ainda que esse fosse um instituto necessário, seria impossível delimitar as fronteiras entre as diferentes medidas de proteção no interior da Constituição. A disposição mais adequada da reclamação constitucional incorporou apenas a Constituição alemã de 1969. Na oportunidade, ela foi

5 Ver, com maiores detalhes: B. Banaszak, *Constitutional jurisdiction and the protection of fundamental rights Germany, Austria, Switzerland*, Wrocław 1990, p. 35-36.

6 A definição da reclamação constitucional foi dada pelo terceiro parágrafo. Ver, com maiores detalhes: Banaszak op. cit., p.104.

7 Não apenas precursora da reclamação constitucional, nas também da *actio popularis*.

8 \* [NT] Banaszak faz aqui referência à *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, ou Lei do Tribunal Constitucional Alemão, cuja abreviação mais comum é BVerGG; quando, abaixo, Banaszak se refere à decisões do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ele se vale da abreviação deste órgão BVerGE; para o Tribunal Constitucional Suíço o autor utiliza a abreviação EBG.

encarada como um contrapeso (couterbalance) aos estados de exceção.<sup>9</sup>

Na década de 1970, a reclamação constitucional tornou-se mais popular não apenas na Europa, mas também em alguns países da América do Sul, assumindo diversas formas na medida em que se relacionava com diversas tradições, ordenamentos jurídicos, etc.

Na última década do Século 20, a reclamação constitucional foi adotada em alguns países da Europa Central e do Leste. Contudo, a reclamação constitucional é também veementemente rejeitada em muitos países.

## II. MODELOS EUROPEUS DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1. As características comuns e o critério da tipificação dos diferentes modelos

Para proteger seus direitos constitucionalmente garantidos o indivíduo dispõe de diversas medidas de proteção passíveis de utilização perante os tribunais de vários países. A mais comum delas é a reclamação constitucional. Não há um modelo único e universal de reclamação constitucional, muito embora esse instituto exista em diversos países. Além disso, em alguns países, a reclamação constitucional pode se valer de diferentes formas de proteger grupos determinados de direitos (como p. ex., uma reclamação comunal (*communal complaint*) na Alemanha ou o amparo eleitoral na Espanha). É necessário encontrar as diferenças e as semelhanças dos diferentes sistemas existentes e promover um movimento de generalização para, então, distinguir os modelos de reclamação constitucional para procedermos a um melhor entendimento deste instituto.

Muito embora outras medidas de proteção semelhantes à reclamação constitucional existam em outros países, elas protegem não apenas direitos constitucionais, mas também direitos garantidos por outras normas jurídicas.

A moção individual na Áustria (*individual motion*) pode servir de exemplo. Ela serve para a proteção dos direitos presentes na constituição e em outras normas jurídicas perante sua violação por outras regulações (portarias ou outras regulamentações). Ela faz parte do controle de procedimentos. A moção individual não é um tipo especial de reclamação constitucional, mas por ser semelhante à reclamação constitucional, em sua forma e função, ela reforça, de fato, a proteção de direitos constitucionais.

Situação muito semelhante ocorre em países da América do Sul (como o México e a Argentina)<sup>10</sup> e em países da península Ibérica (como no amparo constitucional na

9 K. Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen- ein Studienbuch*, Munique 1994, p. 127.

10 Ver, com maiores detalhes: Fix- Zamudio, *Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Jahrbuch des öffentlichen*

Espanha<sup>11</sup> e em procedimentos específicos em Portugal,<sup>12</sup> nos quais promotores e outras partes podem figurar como pólo ativo). O objetivo é proteger direitos constitucionais, bem como outras ações. Esses exemplos já ilustram algumas diferenças entre os modelos dos diversos países.

Contudo, quando olhamos para a reclamação ordinária a partir de seu ponto de vista formal, tomando o exemplo da moção individual austríaca, vemos que ela é completamente diferente da reclamação constitucional. Contudo, nota-se que ambas estão estritamente ligadas por um objetivo material comum: a proteção de direitos constitucionalmente garantidos. Antes de tudo, cumpre notar que a análise de modelos de reclamações constitucionais requer a seleção de um critério.

Normalmente existem dois grupos de pré-requisitos: requisitos substanciais e formais. Os requisitos substanciais subdividem-se em quatro pré-requisitos específicos que podem ser distinguidos em:

(i) Interesse Pessoal

A violação de direito deve estar estritamente conectada com o sujeito de direitos. Este princípio está presente *expressis verbis* na Lei Fundamental da Alemanha (art. 93, 4a) e está implícito na nova constituição da Suíça (art. 189, 1, 1.a). De acordo com a jurisprudência, a reclamação constitucional não pode ser tratada como *actio populares*. A parte reclamante deve demonstrar seu interesse em corrigir a violação dos direitos fundamentais. Assume-se que o pré-requisito é satisfeito mesmo que a norma não seja endereçada especificamente para o reclamante, pois se reconhece que o interesse jurídico é tão importante quanto o pessoal. Por exemplo, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que regulou os horários de fechamento de lojas é endereçada aos donos das lojas, mas os clientes dessas lojas também podem reclamar por serem afetados por aquela decisão.<sup>13</sup>

(ii) Interesse jurídico

Como vimos acima, a parte reclamante deve provar a ocorrência da violação de direitos vinculados à posição jurídica [subjéctiva] do reclamante. Tribunais Constitucionais de alguns países (como Alemanha e Suíça), ao interpretar esse pré-requisito, entendem que a reclamação constitucional não serve para proteger interesses extra-jurídicos tais como

---

*Rechts der Gegenwart*, 1976 n. 25 p. 649-693.

11 A. Labno. *Jabłońska, Skarga konstytucyjna w Hiszpanii* (A Reclamação Constitucional na Espanha), Varsóvia 1998, p. 127.

12 E. Zwierchowski. *Modele skargi konstytucyjnej w państwach europejskich* (Modelos de reclamação constitucional em Países Europeus) Varsóvia 1998, p. 77.

13 Bundesverfassungsgericht. *Endscheidungen des Bundesverfassungsgericht*. V. 12 p. 232-233.

interesses econômicos, mas antes para proteger os direitos garantidos pela constituição. A doutrina afirma que o interesse jurídico se equivale ao interesse público, porque a reclamação não serviria para controlar genericamente a constitucionalidade das leis.<sup>14</sup> Os tribunais constitucionais esperam que o sujeito reclamante demonstre claramente o direito que foi violado.<sup>15</sup> Algumas vezes é suficiente apresentar um dos princípios gerais da constituição com conexão com algum direito fundamental que não foi respeitado. Não é necessário definir qual direito fundamental foi violado. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por exemplo, entendeu que o princípio do Estado de Direito é serve de fundamento para a reclamação constitucional.

### (iii) Interesse Real

O próximo pré-requisito é a realidade do interesse do sujeito. A violação de direitos da pessoa reclamada (entidade – *entity*) deve resultar de uma decisão judicial ou de uma decisão de um órgão da administração pública. Tal decisão ou sentença deve ter um caráter final e vinculante. O papel do Tribunal Constitucional é lidar com casos práticos, não com casos teóricos. Logo, a violação de direitos deve ser real, não hipotética, para compor os fundamentos da reclamação.

### (iv) O princípio da subsidiariedade.

Este princípio é por vezes expresso na constituição (como na constituição eslovena de 1991) ou implícito (como na constituição suíça de 1999) ou em outras normas da judicatura constitucional (ex. § 53 sec. 1). Ele implica que, antes de entrar com a reclamação constitucional, é necessário utilizar todas outras possibilidades jurídicas disponíveis para proteger o direito violado, esgotando as vias judiciais e administrativas (caso elas estejam disponíveis).

A doutrina postula que é graças a esse princípio que diversos objetivos são atingidos. Primeiramente, o Tribunal Constitucional opina apenas após todas as instituições estatais responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais terem se pronunciado. Somente então é possível corrigir os procedimentos.<sup>16</sup> Em segundo lugar, este princípio mostra que a reclamação constitucional é um instituto jurídico especial utilizado somente quando necessário.<sup>17</sup> O terceiro objetivo é prevenir dupla decisão judicial no mesmo caso, gerando duas situações distintas em casos semelhantes.

Nota-se que o pré-requisito da subsidiariedade não pode ser preenchido se:

14 Para maiores detalhes, ver. A. Łabno- Jabłońska op.cit. , p. 144-145.

15 BVerfGE, V. 15, p.221; EBG, v.85, part 1 p. 191.

16 W. Kalin. *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1984, p. 277.

17 A. Auer. *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel- Frankfurt am M. 1984, p.218.

- o sujeito não tem outra possibilidade de ação disponível que não a reclamação constitucional, diretamente;

- o curso normal de instâncias e procedimentos a ser seguido; ou

- a reclamação constitucional tem um “significado comum”, (“*commom meaning*”) que é o significado geral da sentença;<sup>18\*</sup>

- A necessidade de seguir uma determinada ordem de instâncias e procedimentos pode casar danos sérios e irrevogáveis a um sujeito.

As últimas duas exceções não são frequentemente utilizadas na prática.

Os pré-requisitos formais mais comuns são:

a) Limite temporal

Os limites temporais para entrar com a reclamação variam não apenas em relação à duração do lapso temporal, mas também em questões materiais da reclamação. Por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão não dá um limite temporal unitário para a reclamação, mas no § 93 ele o divide em: um prazo para reclamar de normas sem o princípio da subsidiariedade – um ano – e, para outras normas, o prazo é de um mês contado a partir do momento em que os efeitos jurídicos do ato que afetou o sujeito ou da data de que ele foi informado da existência norma. Geralmente, o limite temporal em países europeus não é muito longo (de um mês a um ano).

b) Forma

Em todos os países conhecidos pelo autor existe o padrão da reclamação na forma escrita, que é estipulada na constituição ou em outras normas jurídicas. Não é especificado qual é forma exata que a reclamação em escrito deve assumir, então pode ser uma carta, um cartão postal, etc. (*a letter, a post card etc.*)

c) Essência

A reclamação constitucional deve especificar quais direitos foram violados e qual a natureza da violação. Todas as seções da reclamação devem ser justificadas. Existe um relativo consenso de que é necessário anexar (uma cópia d) a norma da qual se reclama, bem como uma cópia de todas as provas utilizadas.

18 \* [NT] no original: “*the constitutional complaint has a “common meaning”, which is a general meaning of the sentence;*”

Outro aspecto comum da reclamação constitucional em países que têm este instituto são os efeitos da decisão judicial. A decisão do Tribunal Constitucional é terminativa. Ela não permite recurso ou alteração e não há necessidade de que ela seja aprovada por nenhum órgão estatal. A decisão é vinculativa.

Os efeitos da jurisdição constitucional são os seguintes:

c.1) Não conhecimento da reclamação (*Dismissal of complaint*)

Ocorre quando os pré-requisitos materiais e formais não foram preenchidos. Nota-se, contudo, que, caso isso ocorra, é possível reclamar sobre a mesma violação novamente, caso os obstáculos processuais forem superados.

c.2) Denegação da reclamação no mérito <sup>19\*</sup>

Ocorre após na decisão de mérito de uma reclamação, no caso da reclamação não ser consubstanciada juridicamente. Quando isso ocorre, a parte não poderá fazer a mesma reclamação novamente. A denegação da reclamação no mérito não significa que a norma violadora não seja congruente com a constituição. Outros sujeitos poderão reclamar em casos análogos.

c.3) Reconhecimento da reclamação como completamente justificável.

A norma violadora é rejeitada completa ou parcialmente. Não há uma regra se os efeitos serão *ex nunc* ou *ex tunc*. É digno de nota que após a decisão pode seguir-se algum tipo de nova regulamentação normativa. Tal eventual solução especial não é classificada como um dos critérios dos modelos de reclamação constitucional.

Os critérios de diferenciação das reclamações são os seguintes: o escopo dos direitos protegidos, o escopo de sujeitos que podem reclamar e o escopo de normas conexas com a reclamação.

Obviamente, diferenciações podem ser efetuadas de maneiras muito diferentes e a partir de diversos critérios.<sup>20</sup> Para demonstrar os modelos adotados, os países que foram selecionados para análise foram aqueles que adotam esses critérios de maneira mais completa [ou seja, casos mais extremados]. Eu não pretendo classificar, aqui, todas as reclamações constitucionais existentes nos diferentes países, porque a maioria deles não satisfaz os modelos aqui ado-

19 \* [NT] O autor atribui o mesmo nome aos dois itens, (*Dismissal of complaint*), mas pela explicação vemos que uma é (1) negação por falta de pressupostos processuais – pré-requisitos – e a outra é uma denegação por questão de mérito. Daí minha preferência pela tradução diferenciada.

20 E. Zwierchowski, *op.cit.*, p.86-87.



tados (por exemplo, na Áustria, a reclamação constitucional é semelhante, mas não igual ao modelo de amplo escopo objetivo e pessoal. Na Rússia, por sua vez, o modelo de reclamação constitucional é apenas semelhante ao modelo de restrito escopo objetivo).

### **1.1 O modelo de amplo escopo objetivo e amplo escopo pessoal.**

Este tipo de reclamação aparece principalmente em países com democracia forte, tais como Alemanha e Suíça. Os elementos característicos desse modelo são os seguintes:

#### **1.1.1) A proteção de todos os direitos constitucionais, sem qualquer exceção.**

É importante notar que os direitos constitucionais estão alocados em diferentes capítulos da constituição e não apenas nos capítulos diretamente designados para eles. (por exemplo, na constituição alemã, eles se encontram também fora do Capítulo 1). Além disso, em alguns países, os Tratados Internacionais também constituem fontes jurídicas (como na Suíça e na Áustria).

Todavia, é controverso saber se direitos fundamentais não escritos são fontes jurídicas ou não. A teoria desenvolvida por Zuccaria Giacometti na Suíça, há 50 anos, sustenta que direitos fundamentais poderiam apenas ter caráter exemplificativo (*exemplary character*), porque é impossível prever todas as possíveis formas pelas quais um Estado pode interferir com a vida de um indivíduo. A teoria foi parcialmente aceita pelo Tribunal Federal Suíço, pois o tribunal entendeu que os direitos fundamentais são:

- necessários para a existência de todo sistema democrático e federal;
- necessários para a criação de pré-requisitos de existência de direitos constitucionais;
- baseados nos princípios gerais do sistema jurídico suíço;
- Incluídos nas constituições dos Cantões e aceitos de forma comum (é difícil dizer se sob a nova constituição [da Suíça] será esse entendimento será mantido).

Essa teoria não foi aceita em outros países em que a reclamação constitucional existe.

#### **1.1.2) amplo escopo de sujeitos legitimados para entrar com reclamação constitucional**

As pessoas físicas não comportam distinção entre cidadãos e não-cidadãos. Contudo, é óbvio que em cada país existem direitos que pertencem apenas aos cidadãos (por exemplo,

direitos políticos) e apenas cidadãos podem reclamar caso tais direitos sejam violados. O segundo elemento é a possibilidade de reclamação por menores, totalmente incapazes e relativamente incapazes. Neste ponto as disposições são diferentes no diversos países.

A capacidade para reclamar é também estendida para pessoas jurídicas de direito privado. Está disposto no art. 19, 3, da Constituição alemã que as pessoas jurídicas do país têm direitos fundamentais se a essência do direito fundamental especificamente considerado permitir. Como o Tribunal Constitucional decidiu: “os direitos fundamentais devem proteger a esfera dos direitos de um indivíduo contra qualquer violação por parte do Estado. O art. 19, 3, estende esta esfera para pessoas jurídicas se sua estrutura e se o escopo de sua atividade for conexo com o livre desenvolvimento de pessoas físicas, sendo, portanto, [os direitos fundamentais neste contexto,] admissíveis”.<sup>21</sup>

A questão saber se as pessoas jurídicas de direito público<sup>22</sup> têm direito à reclamação constitucional parece ser mais complicada. As constituições nada dispõem sobre essa questão. A literatura jurídica compreende duas opiniões: A primeira afirma que essas pessoas jurídicas não podem reclamar, porque a reclamação constitucional foi desenhada para proteger partes contra o Estado. As pessoas jurídicas de direito público são órgãos do Estado, e, neste caso, incorreríamos na situação em que o Estado se protegeria contra seus próprios órgãos.<sup>23</sup> A segunda opinião prevê a possibilidade de reclamação constitucional para pessoas jurídicas de direito público cujas atividades são desenvolvidas em um campo que não comporta as características de um poder estatal. Então, se essas pessoas jurídicas de direito público são ativas no campo do direito civil, por exemplo, elas devem ter direitos fundamentais e, portanto, a proteção conexa a eles. Sua situação é semelhante a das pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado.

Tribunais Constitucionais nos países discutidos aqui concordariam com a segunda opinião.<sup>24</sup>

### 3.3.3) Amplo escopo objetivo

Nos países que adotam este modelo de reclamação, as disposições constitucionais relativas ao escopo das normas que são passíveis de contestação por reclamação constitucional são bastante generalistas. O art. 93, 4<sup>a</sup>, da Constituição alemã, que dispõe sobre a reclamação constitucional de atividades de “autoridades públicas” e o art. 189, 1, 1, da nova constituição da Suíça que dispõe simplesmente sobre “a reclamação sobre a violação de direitos constitucionais” são bons exemplos de generalização. Neste caso é impor-

21 BverfGE, V.25 p.368-369.

22 Que incluem pessoas jurídicas estatais, países federais, agências e órgãos locais e confederações próprias.

23 H.v. Olshausen. *Zur Anwendbarkeit von Grundrechten auf juristische Personen des öffentlichen Rechts*, Marburg 1969, p. 138- 140.

24 Para mais, ver: B.Banaszak. *op.cit.*, p.67-68.

tante analisar a jurisprudência e a doutrina do direito constitucional. É difícil discutir a ampla jurisprudência suíça ou a doutrina sobre a nova constituição deste país, mas é possível analisar a jurisprudência do Tribunal Federal, que, espera-se, não mudará todas as suas opiniões formadas sob as disposições anteriores. O mesmo vale para a doutrina de direito constitucional.

Neste grupo de países é impossível reclamar de normas constitucionais por meio da reclamação constitucional. Isso segue os preceitos da lógica, considerando que a constituição é um instituto jurídico que comporta diversas normas de igual força jurídica. Uma opinião contrária teria de sustentar que “existem dois grupos de normas com diferentes forças vinculantes em uma mesma constituição”.<sup>25</sup>

Não é muito claro se as constituições de estados-membros em um Estado federal podem ser objeto da reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional Federal alemão concordou com essa possibilidade em sua jurisprudência,<sup>26</sup> mas o Tribunal suíço não. A nova constituição [suíça] reconhece as constituições dos Cantões como fontes de direitos fundamentais, alocando-os, portanto, no mesmo nível da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais.<sup>27</sup>

Esse entendimento [suíço] é o fundamento para se excluir do escopo da reclamação constitucional a possibilidade de se reclamar de Tratados Internacionais seja no nível federal ou cantonal.<sup>28</sup> Situação oposta ocorre na Alemanha onde as regras nesse caso são as mesmas dos procedimentos de controle de constitucionalidade.<sup>29</sup>

Na Alemanha era óbvio que as normas federais estão dentro do escopo da reclamação constitucional. Isso não ocorre na Suíça devido ao disposto no artigo 113, 3, da Constituição anterior. Agora, sob a vigência da nova constituição, as normas federais podem ser objeto de reclamação constitucional.

A reclamação constitucional alemã pode ter por objeto uma norma federal apenas se a violação é feita diretamente por lei. Uma exceção ocorre quando a reclamação concerne a constitucionalidade de regulamentações do executivo (por exemplo, se aquele ato foi baseado em um Tratado Internacional),<sup>30</sup> ou se a lei vincula-se a algum regulamento que não pode ser modificado posteriormente.<sup>31</sup>

25 A. H. Schuler. *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zurich 1968, p. 152.

26 BVerfGE v.1 p.270- 271 v. 3 p. 136.

27 *Botschaft über eine neue Bundesverfassung* vom 20.Nov. 1996, p. 425.

28 W. Kalin. *op.cit.*, p.65- 66.

29 BVerfGE, v.24 p.33.

30 BVerfGE, v.6, p. 295.

31 BVerfGE, v. 65, p. 37.

As leis e normas estaduais pode também ser objeto das reclamações constitucionais alemã e suíça, mas não há nenhuma disposição especial sobre isso. O Tribunal Constitucional Federal Alemão ainda não formulou nenhuma regra. O Tribunal Federal suíço apenas faz prevalecer as disposições federais caso não exista possibilidade de compatibilização entre as leis cantonais e o direito constitucional de um indivíduo, por qualquer interpretação.

O escopo objetivo da reclamação constitucional inclui atos gerais e individuais de órgãos públicos administrativos.

A reclamação constitucional também poder ter como objeto decisões judiciais (e administrativas). O preenchimento do requisito do esgotamento das vias administrativas é obrigatório tanto na Alemanha como na Suíça. Além disso, a reclamação constitucional alemã pode incidir sobre qualquer decisão dos tribunais federais.<sup>32</sup> Cumpre notar que tanto na Alemanha como na Suíça as decisões interlocutórias também podem ser objetos da reclamação constitucional. Entretanto, existe uma série de condições a ser cumprida antes que isso possa ser feito. Na Alemanha, a decisão deve levar em consideração o escopo da legislação processual em relação necessária com aspectos do conteúdo ou materiais do caso que sejam essenciais para a discussão.

A omissão de órgãos estatais também pode ser objeto da reclamação constitucional. A Lei do Tribunal Constitucional Alemão, em seu parágrafo 92, postula que “a reclamação deve demonstrar o direito violado e a atividade ou omissão de órgão ou autoridade estatal, estabelecendo uma relação desta omissão com a violação constitucional”. O mesmo ocorre no artigo 189, 1, 1ª, da nova constituição da Suíça.

Não é controverso que reclamações constitucionais possam ter por objeto a omissão de órgãos da administração pública e de tribunais, contudo, a possibilidade de que a reclamação incida sobre a omissão de autoridades legislativas gera considerável controvérsia.

Até o final da década de 1950, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Federal Suíço obstaram a possibilidade de se reclamar sobre a omissão de autoridades legislativas. O Tribunal Federal Suíço afirmou que os “indivíduos não podem fazer a autoridade legislativa agir”.<sup>33</sup> O Tribunal Constitucional Alemão postulou que “indivíduos não podem ter a expectativa a autoridade legislativa aja e essa expectativa, portanto, não pode ser objeto de procedimentos jurídicos”.<sup>34</sup> A explicação foi que a inatividade (ou omissão) do legislativo não causava nenhum dano aos direitos individuais, podendo ter, portanto, apenas consequências negativas para a sociedade muito mais tardiamente.<sup>35</sup>

32 BverfGE v.6, p.447.

33 EBG v.60, parte 1 p.364.

34 BverfGE v.1 p.100.

35 K.A. Betterman. *Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit*, v.3, parte 2, Berlin 1999 p. 797.

Em 1957 o Tribunal Constitucional Federal [alemão] mudou sua opinião e disse que “se as autoridades legislativas interpretarem um direito de uma forma errada e se essa interpretação causar uma omissão que viola direitos fundamentais”,<sup>36</sup> a reclamação constitucional é possível. A garantia de que “leis serão promulgadas também deveria ser incluída na essência e no escopo dos deveres legislativos”.<sup>37</sup> O Tribunal Federal suíço tornou a reclamação constitucional possível apenas no tocante à omissão de órgãos cantonais e apenas se ela violasse o princípio da equidade.

É razoável assumir que após a reforma do direito suíço será também possível reclamar da omissão de órgãos legislativos.

## **1.2 O modelo de reclamação constitucional de restrito escopo objetivo**

Neste modelo de reclamação constitucional apenas os direitos constitucionais individuais são protegidos pela reclamação constitucional e, portanto, outras violações constitucionais não podem constituir o objeto da reclamação. O escopo subjetivo é semelhante ao do modelo anterior, mas as diferenças relacionam-se com o escopo objetivo. É possível distinguir dois grupos neste modelo.

### **1.2.1 Reclamações constitucionais dirigidas apenas contra leis e regulamentos individualmente considerados**

Neste caso, torna-se impossível reclamar de disposições normativas gerais ou da omissão de órgãos estatais. Este modelo não é particularmente popular e existe em países como a Eslovênia e a Eslováquia.

A Constituição Eslovena de 1991, em seu artigo 160, postula que a reclamação constitucional pode ter como objeto a violação de direitos e liberdades de um indivíduo. De acordo com o artigo 161, é possível revogar totalmente uma lei ou declará-la inválida se ela for inconstitucional. A constituição da Eslováquia de 1992, em seu artigo 127, dispõe que é possível revogar apenas a ato do órgão administrativo central ou local que for tomado individualmente.

### **1.2.2 Reclamação constitucional apenas contra normas gerais objeto em sentenças concretas.**

Aqui, o escopo objetivo é semelhante ao do modelo de amplo escopo objetivo e pessoal. Contudo, não é possível reclamar da omissão de órgãos estatais.

---

36 BverfGE v.6, p.264.

37 BverfGE v.23, p. 249.

Este é o modelo vigente na Hungria e na Polônia. Seu elemento característico é que a reclamação constitucional pode revogar a norma geral apenas se ela for objeto de uma sentença individual [concreta], não sendo aplicada em qualquer situação.

### 1.2.3. A reclamação constitucional que protege apenas algumas categorias de direitos constitucionais.

Este tipo de reclamação constitucional não é muito conhecido. Ele existe na Espanha e na Bélgica. O escopo dos sujeitos que podem propor a reclamação depende de atribuição de legitimação ativa, que pode ser dada ao “Defensor do Povo” ou promotor (na Espanha)<sup>38</sup>, a qualquer outra autoridade jurídica ou ainda a qualquer pessoa que tenha interesse jurídico na questão. Contudo, na prática, estes direitos pertencem a qualquer pessoa física ou jurídica.

O escopo da norma que pode ser reclamada varia. Na Espanha o escopo é semelhante ao modelo de amplo escopo objetivo e pessoal. No modelo belga não inclui a reclamação contra leis gerais.

O ponto característico é que apenas um dos dois grupos de direitos constitucionais de um indivíduo pode ser protegido pela reclamação constitucional (p. ex., o amparo, na Espanha, ou uma reclamação de *arbitrage* na Bélgica). A constituição espanhola de 1978, em seu artigo 161, dispõe que apenas os direitos constantes nos artigos 14 a 29 podem ser protegidos por reclamação constitucional como direitos fundamentais. Esse grupo é objeto de proteção especial nos tribunais. É necessário cumprir o percurso de instâncias judiciais necessário (esgotamento das vias inferiores) para utilizar a reclamação constitucional. Outros direitos são protegidos por outros institutos. Cumpre notar que muitos dos direitos e liberdades conhecidos como direitos derivativos podem ser objeto do amparo. Portanto, liberdades tais como a liberdade de associação e de formação de partidos políticos são protegidas pela reclamação constitucional.

Uma situação semelhante existe na Bélgica, mas a constituição não define, diretamente, o grupo determinado de direitos, afirmando apenas que eles estão dispostos nos artigos 10, 11 e 24.

#### 4.4.4 Actio popularis

A *Actio popularis* não é uma reclamação constitucional, mas uma medida de proteção independente.

Entretanto, ela é intimamente relacionada com a reclamação constitucional devido ao objetivo comum de ambas as medidas: a proteção de direitos individuais garantidos constitucionalmente. Estas duas medidas de proteção complementam-se mutuamente. A *actio popularis* existe apenas em dois países europeus: Hungria e Bavária.

A constituição húngara, em seu § 32/A, postula que o Tribunal Constitucional controla a constitucionalidade das leis e todos podem “entrar os procedimentos do Tribunal”, caso tenham direito material a defender. A Lei do Tribunal constitucional de 1989 dispõe que todos têm o direito de entrar com uma moção de inconstitucionalidade *a posteriori*. A moção pode requerer uma revogação completa ou parcial da norma violadora

A Constituição Bávara de 1946, em seu artigo 98, 4, dispõe que o Tribunal Constitucional pode reconhecer normas como inválidas se elas violarem direitos fundamentais

Pode ser dito que as *actio popularis* destes dois países têm escopos objetivos diferentes. Ele é amplo na Hungria e mais restrito na Bavária, onde ele é limitado apenas às leis e regulações estaduais.

As características básicas da *actio popularis* são:

- a) O direito à ação é dado para todos (cidadão, não-cidadão, pessoas físicas e jurídicas, etc.)
- b) Não há necessidade de interesse jurídico da parte reclamante (e, portanto, lidamos com um controle abstrato de constitucionalidade das normas)
- c) Não há necessidade de esgotar as vias administrativas e judiciais inferiores;
- d) A proteção do interesse público e da ordem constitucional: é do interesse público respeitar a constituição, especialmente o aspecto institucional dos direitos individuais garantidos constitucionalmente
- e) Forma escrita como único requisito formal (e, portanto, não há nenhum limite temporal para reclamar).

Na literatura jurídica dos países em que existe a *actio popularis*, os entendimentos sobre esse instituto variam consideravelmente. Na Bavária, a maioria da doutrina tem uma visão positiva e é elogiosa perante o instituto da reclamação constitucional. Lá, as reclamações constituem 81% dos casos julgados pelo Tribunal Constitucional. (Nota-se que de 1947 até 1995 o Tribunal julgou 6707 casos, dentre eles 5458 eram reclamações constitucio-

nais). A *actio popularis* somava apenas 16% de todos os casos.<sup>39</sup>

A doutrina húngara vislumbra um quadro mais complicado em seu país. Lá, por um lado, a *actio popularis* reforça e dá sustentação à proteção de direitos constitucionais, entretanto, por outro, como nota Tamás Lábady, ela “faz do Tribunal Constitucional um local coletivo para qualquer queixa dos cidadãos. Como a quantidade de casos transferida para o Tribunal Constitucional supera suas limitações temporais e qualitativas, o Tribunal se vê forçado a selecionar casos particulares para julgamento”.<sup>40</sup>

### III. A ESSÊNCIA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS DETERMINANTES CONSTITUCIONAIS.

A reclamação constitucional é um instituto consideravelmente diferente de outras medidas de proteção de direitos constitucionais individuais. Não há nenhuma definição comum da reclamação constitucional.

De acordo com as características mais populares, comuns em diversos países, a reclamação constitucional é um instituto de proteção de pessoas físicas e jurídicas por meio de processos perante um Tribunal Constitucional em caso de violações de direitos constitucionais por um órgão do Poder Público. A violação pode ser um resultado de uma ação ou de uma omissão. A existência da reclamação constitucional é decisiva para a concretude dos direitos e liberdades de um indivíduo ao enfrentar a violação. Ela é a última medida de proteção, quando todo o resto fracassou.

Por isso, é possível dizer que a reclamação constitucional:

- a) Protege os direitos e interesses individuais,
- b) Protege o interesse público por dar uma oportunidade para o Tribunal Constitucional controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos,
- c) Promove a integração da sociedade por meio de valores constitucionais,
- d) É uma questão importante na interpretação da constituição (adequada para alterar a realidade social)
- e) Tem uma importante função educacional demonstrando os aspectos práticos da constituição.

39 H.Holzheid. *Der Bayerische Verfassungsgerichtshof als Hüter der Bayerischen Verfassung*, Munique 1996, p. 72- 73.  
40 T.Labady. *Über die Richtungen der Weiterentwicklung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit* 1991, n.6, p. 367.



#### IV. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NA POLÔNIA

Além dos procedimentos de controle abstrato e concreto de normas e atos jurídicos (disposições), a constituição [polonesa] de 1997 também estabelece um procedimento independente na forma da reclamação constitucional que estabelece um procedimento independente de reclamação constitucional. Esse instituto, em sua essência, consiste em uma medida jurídica especial que permite a um indivíduo (e também outros sujeitos de direitos e liberdades constitucionais) requer de um Tribunal Constitucional a revisão e a revogação de atos ou normas de autoridades públicas, no caso destas decisões violarem direitos garantidos constitucionalmente ou liberdades. Os constituintes, na construção da reclamação constitucional, ao atentar para sua função, incluíram-na no Artigo 79 do Capítulo 2 – que dispõe sobre as liberdades, direitos e obrigações do indivíduo e do cidadão; precisamente no grupo de disposições relativas às medidas de proteção de liberdade e direitos. Uma análise geral do conteúdo das disposições acima relacionadas demonstra que entre os dois tipos de reclamação conhecidas pela prática constitucional, ou seja, reclamação contra uma disposição jurídica específica ou reclamação contra o ato normativo em sua completude, como uma lei ou um decreto, o primeiro limita o objeto da reclamação à acusação de que o ato normativo que viola direitos e liberdades individuais foi promulgado por uma regulação que carece de conformidade com a Constituição.

Os sujeitos que têm legitimidade ativa para submeter uma reclamação constitucional são “todos cujos direitos e liberdades constitucionais forem violados”. A palavra ‘todos’, entendida em seu sentido amplo, e refere-se não apenas a cada indivíduo, mas também a entidades jurídicas que têm direitos e liberdades constitucionais. Tal entendimento da palavra foi aceito pelo Tribunal Constitucional que considerou as reclamações de pessoas jurídicas (por exemplo as empresas sob o direito civil).

O fundamento para a reclamação constitucional é a acusação de uma violação de direitos constitucionais e liberdades da pessoa (ou entidade) reclamante, e o objeto da reclamação é uma lei específica ou outra norma individual qualquer (disposição individualmente indicada) que deu fundamento para o caso que deu início e fundamento ao ajuizamento da reclamação no caso concreto. Portanto, o objeto da reclamação pode apenas ser a acusação de uma falta de conformidade de um ato jurídico com a constituição, sob os fundamentos de que esse ato viola direitos da pessoa (entidade) reclamante.

Para que a reclamação seja aceita é necessário preencher diversos outros requisitos. Uma violação de direitos da pessoa reclamante (entidade) deve ocorrer como um resultado de uma decisão de um tribunal ou de algum órgão da administração pública. Tal decisão deve ter um caráter final e vinculante e deve ser utilizada na situação em que a pessoa reclamante (entidade) não tenha disponível para si nenhuma outra medida jurídica que sirva

para verificar tais violações. A submissão de uma reclamação é permitida quando dentro do período de três meses da data da decisão final e vinculante ou acordo final. Esse prazo tem caráter terminativo. Um limite adicional que serve para controlar o fluxo de reclamações injustificadas ao Tribunal Constitucional é a obrigatoriedade de participação de um advogado: a reclamação deve ser preparada por um advogado ou por um consultor jurídico.