

## CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO COMPARADO

TÊMIS LIMBERGER

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

### INTRODUÇÃO

A idéia de controle de constitucionalidade das leis é assunto que se relaciona com outros grandes temas, tais como: a defesa do Estado democrático e controle de poder.

A temática Defesa do Estado e Defesa da Constituição é desenvolvida por J. J. Gomes Canotilho<sup>1</sup> quando diz que o Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não se assegurasse um mínimo de garantias e sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra atos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. Para o citado autor “a idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado (grifos do autor)”.

A partir do Estado constitucional passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado.

Outra idéia correlata desenvolvida por Canotilho é a de garantias constitucionais e garantias da constituição. Significa dizer que a defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental — são as garantias da própria constituição.

As garantias da constituição não devem confundir-se com as garantias constitucionais. Estas têm um alcance subjetivo, reconduzem-se ao direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e os meios processuais adequados a essa finalidade.

A instituição da fiscalização da constituição das leis e demais atos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais.

1. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., 2.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 969 e ss.

A fiscalização da constituição tanto é uma garantia de observância da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização da sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra sua violação, como garantia preventiva, ao evitar a existência de atos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais.

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da constituição.

Ao falar-se do valor normativo da constituição, aludiu-se à constituição como lei superior, quer porque ela é fonte da produção normativa quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos do Estado.

A idéia de superlegalidade formal (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendente rigidez das leis fundamentais, traduzidas na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, agravadas ou reforçadas relativamente às leis ordinárias.

A parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição.

Da conjugação destas duas dimensões — superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição — deriva o princípio fundamental da constituição dos atos normativos: os atos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas normas ou princípios constitucionais.

Isto não significa que haja uma correlação necessária entre rigidez e fiscalização jurisdicional. Pode haver rigidez sem controle jurisdicional, tal como a Constituição Francesa de 1875 (rígida, mas sem controle judicial).

A segunda idéia a desenvolver é a de constituição como controle de poder desenvolvida por Karl Lowestein,<sup>2</sup> segundo o qual a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou coerência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre os detentores de poder, e por meio das quais os detentores estejam submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder. Sendo a natureza humana como é, não cabe esperar que o detentor ou detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de liberar aos destinatários do poder e a si mesmos do trágico abuso de poder. Instituições para controlar o poder não nascem nem operam por si sozinhas, senão que deveriam ser criadas ordenadamente e incorporadas conscientemente no processo de poder. Passaram-se muitos séculos até que o homem político aprendeu que a sociedade justa, que lhe outorga e garante seus direitos individuais, depende de limites impostos aos detentores do poder no exercício de seu poder,

2. Karl Lowestein, *La Constitución como dispositivo de control del poder — Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 149 e ss.

independente de se a legitimação de seu domínio tem fundamentos fáticos, religiosos ou jurídicos.

Com o tempo se tem reconhecido que a melhor maneira de alcançar este objetivo será fazendo constar os freios que a sociedade deseja impor aos detentores de poder em forma de um sistema de regras fixas — a Constituição — destinadas a limitar o exercício de poder político. A Constituição se converteu assim no dispositivo fundamental para o controle do poder.

Assim, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade é, essencialmente, controle político e, quando se impõe frente aos outros detentores de poder, é, em realidade, uma decisão política. Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por próprio direito em um detentor de poder subjacente, quando não superior, aos outros detentores de poder instituídos.

A idéia de que os tribunais estivessem autorizados a impedir os acordos de assembléia e de governo, era completamente alheia aos teóricos do constitucionalismo em sua primeira época.

É interessante assinalar que Montesquieu<sup>3</sup> asseverou que o poder judicial não era um poder em sentido próprio, visto que era por assim dizer invisível e quase nulo (Livro XI, capítulo VI). Não ocorreu ao filósofo, que é tido como o primeiro dos sociólogos, pensar que o poder judicial pode-se constituir em uma força de oposição frente ao governo e ao legislador.

Feitas estas breves considerações a respeito das correlações entre controle da constitucionalidade e controle de poder associada à idéia de Estado Democrático de Direito, passa-se a discorrer sobre as origens históricas do tema.

James A. C. Grant<sup>4</sup> propôs a tese de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma contribuição das Américas para a ciência política.

O controle jurisdicional das leis representa uma idéia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida, depois, no curso do século XIX, em outros países das duas Américas e, posteriormente, em outras partes do mundo.

Antes nunca havia acontecido que um sistema de controle da constitucionalidade das leis fosse confiado à obra dos tribunais e que tivesse, portanto, caráter judicial.

Mauro Cappelletti<sup>5</sup> afirma que a assertiva de James Grant é substancialmente verdadeira, sem ser historicamente de todo correta e se propõe a fazer tal demonstração, passando a apresentar os argumentos a seguir expostos.

3. Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Do Espírito das Leis*, Abril, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., 1979, pp. 148-54.

4. James A. C. Grant, "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes — Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política", Publicación de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1963.

5. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Fabris, Porto Alegre, 1984, p. 46.

Antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review*, nada de semelhante havia sido criado.

Com a Constituição norte-americana teve início a época do constitucionalismo, com a concepção da *supremacy of the constitution* em relação às leis ordinárias.

A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições rígidas, contrapostas às Constituições flexíveis, ou seja, a idéia daquelas constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional.

A Constituição inglesa, por exemplo, é em grande parte não escrita, tem caráter de Constituição flexível.

John Marshall interpretando o art. VI, cláusula 2.<sup>a</sup> da Constituição Federal norte-americana de 1787, fixou o entendimento de supremacia da Constituição e impôs o poder e dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. É famosa a sentença da Suprema Corte, redigida por John Marshall na causa *Marbury v. Madison* de 1803, na qual a alternativa entre constituições rígidas e constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza.

Diz a sentença: ou a Constituição prepondera sobre atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do legislativo.

Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, significa dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza ilimitável.

A opção de Marshall com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juizes de não aplicar as leis inconstitucionais, representa uma grande inovação. Hoje quase todas as constituições do mundo ocidental tendem a afirmar o seu caráter rígido e não mais flexível, este movimento foi iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou.

Embora não expressa e conscientemente configurada como “supremacia da constituição” em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também, em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma supremacia de uma lei ou de um dado corpo de leis que, em terminologia moderna, poderemos chamar de leis constitucionais ou fundamentais, em relação a outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar de leis ordinárias.

Na época da antiga civilização ateniense, distinguia-se entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *Pséfisma*, ou seja, o decreto.

Os “*nómoi*”, as leis, tinham um caráter que sob certos aspectos poderia se aproximar das modernas leis constitucionais, e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mais ainda porque modificações das leis (*Nómoi*) vigentes não poderiam ser feitas a não ser através de um

procedimento especial, com características que, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento de revisão constitucional.

O *nómos* deveria ter qualquer coisa de fixo, retirada das tumultuadas vicissitudes da vida política e das decisões improvisadas das assembleias.

Em Atenas, houve um procedimento de revisão das leis extremamente complexo; a mudança de lei era considerada uma providência de extrema gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna.

Deste modo, o poder de mudar as leis era retirado dos caprichos da maioria da Assembleia Popular (*ecclesia*). Observe-se que esta concepção encontra-se refletida até na maioria dos pensadores daquela época: em Platão, segundo o qual a lei deve reproduzir a ordem divina, superior e imutável, e também não se apresentar segundo os interesses mutáveis dos homens ou das classes. E, da mesma forma em Aristóteles, que considerava a lei como norma acima das paixões humanas e, já formulava a doutrina da “supremacia da lei” e da ilegitimidade da lei injusta.

A Assembleia Popular, a *Ecclesia* tinha um direto poder legislativo. As deliberações da Assembleia não assumiam a forma e o valor de *nómoi*, mas o de *psefismata*, isto é, de decretos. O *pséfisma* podia ter o mais variado conteúdo: e assim ele podia, por exemplo, conter normas abstratas e gerais, suscetíveis de impor-se de maneira vinculatória a todos os cidadãos e, neste caso, era assemelhado à lei. Pode-se dizer que nos períodos politicamente mais agitados da vida da pólis ateniense, a tendência de legislar por *psefismata*, isto é, por decretos, tornou-se dominante.

Era princípio vigente, porém, que qualquer que fosse o conteúdo do decreto, deveria ele ser legal na forma e na substância. Isto é, nas palavras de hoje, diria-se que é constitucional, ou seja, não poderia entrar em contraste com os *nómoi* vigentes — leis constitucionais.

A consequência da ilegalidade (ou, em terminologia moderna, da inconstitucionalidade) dos decretos emanados da *ecclesia* era dúplice. Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que poderia se fazer valer dentro de um ano, mediante ação pública de ilegalidade, chamada *grafe paranómon*. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a invalidade do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual, o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, preclia sobre este. Os juizes atenienses embora fossem obrigados por solene juramento a julgar segundo a lei e segundo os decretos, não podiam ser obrigados a julgar segundo os *psefismata*, se estes fossem contrários aos *nómoi*.

A concepção do direito e da justiça, dominante na Idade Média, ligava-se ao pensamento de Platão e de Aristóteles e, sobretudo, através da doutrina tomista, aos filósofos estóicos e a Cícero.

A idéia do *jus naturale* assumia um lugar proeminente: o direito natural era configurado como norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deveriam ser inspiradas.

O ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz

competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou Imperador.

Os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo até armada e, até o tirocínio.

A concepção medieval conheceu duas ordens de normas: a do *jus naturale*, norma superior e inderrogável, e do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira. O mesmo, de resto, pode-se dizer da concepção dominante na grande escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que vai de Hugo Grotius a J. J. Rousseau. De fato, também a escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII — que à escola medieval se contrapunha, em geral, por seu fundamento racionalista e imanentista, desvinculada como era dos pressupostos transcendententes e teleológicos que vinham caracterizando, o direito natural medieval, também ela afirmava, enfim, a existência de direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis. Em síntese, a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador.

John Locke<sup>6</sup> afirmava que o Legislativo detém o *supreme power*, admitia que este poder devesse encontrar limites no direito natural.

No pensamento filosófico e jurídico da época medieval (séculos XVII a XVIII) permaneceu o fato de que a contraposição entre a norma de direito natural e de direito positivo continuava a ser a contraposição entre duas ordens jurídicas diversas, entre dois sistemas jurídicos diversos, um dos quais era, destituído de sanções eficazes e de institutos criados para impô-las.

A aglutinação na esfera de uma única ordem ou sistema jurídico, de ambas as normas, ocorreu com a chamada *positivação* do direito natural e, portanto, sua subsunção na esfera do direito positivo. Isto somente ocorreu em tempos mais próximos de nós.

Primeiro sintoma desta profunda mudança já se pode encontrar na época do *ancien régime*, na França, onde os *Parlements* nada mais eram senão Cortes superiores de justiça.

Através da obra dos *Parlements* franceses formulou-se uma doutrina que teve grande influência sobre a obra de Montesquieu, a doutrina da chamada *hereuse impuissance* do Rei de violar as leis fundamentais, ou seja, a feliz impotência do Soberano legislador de promulgar aquelas que hoje chamaríamos de leis inconstitucionais.

A positivação do direito natural representa um dos fatores fundamentais que caracterizam o pensamento e a realidade jurídica da época atual — será dado apenas a partir das modernas constituições rígidas, do moderno constitucionalismo que inicia com a Constituição dos EUA. O passo definitivo dá-se com aquelas constituições que, por um lado afirmarão como preceitos de direito constitucional positivo os princípios naturais e os direitos inatos, e oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia, de não aplicação das

6. John Locke, *Carta acerca da tolerância; Segundo Tratado sobre o Governo; Ensaio acerca do entendimento humano*, Abril (Os Pensadores), 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1983.

leis que contrastam com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de vontade permanente do povo. Enquanto, ao invés, nas leis ordinárias, há apenas uma vontade transitória e temporária.

Embora o moderno constitucionalismo represente a superação da doutrina jusnaturalista que estava destinada a desaparecer e com freqüência a ser menosprezada justamente no século XIX e na metade do século XX, não se pode negar algum fundamento àqueles que dizem que as liberdades civis e políticas sobre as quais o Estado moderno se funda são conquistas do jusnaturalismo, porque foi a doutrina política jusnaturalista que assentou os alicerces do moderno Estado de Direito.

Não se pode negar que o constitucionalismo americano e o constitucionalismo moderno, o sistema do controle judicial das leis, teve uma antiga matriz histórica. Mauro Cappelletti<sup>7</sup> repete, então, o antigo provérbio: nada de novo para o Velho Mundo!

A supremacia do poder judiciário no sistema norte-americano *judicial review*, opôs-se ao sistema inglês de absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes. Paradoxalmente a supremacia do Parlamento na Inglaterra favoreceu a denominada supremacia dos juízes nos EUA.

Sir Edward Coke (Século XVII) dizia que quem deveria garantir a supremacia da *common law* contra os arbítrios do soberano, de um lado, e do Parlamento de outro eram os juízes, através do desempenho de suas funções.

A doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do rei, quer contra o Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios e, não só na Inglaterra, mas nas colônias inglesas da América. Essa doutrina foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688, a partir da qual foi proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele país da supremacia do Parlamento. Da doutrina de Coke ficaram os frutos na América — *judicial review* e supremacia do Poder Judiciário.

Conforme a lei inglesa, toda a corporação, seja uma companhia comercial privada ou municipalidade pode fazer somente aquelas coisas que lhe autoriza sua carta ou constituição própria.

Muitas dentre as Colônias inglesas da América foram constituídas precisamente como companhias comerciais e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por Cartas ou Estatutos da Coroa.

Estas Cartas podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas fundamentais das próprias Colônias. Estas Constituições expressamente dispunham que as Colônias podiam aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que as leis fossem razoáveis e não contrárias às leis do Reino da Inglaterra; e, conseqüentemente, não contrárias à vontade do Parlamento inglês.

Disto se conclui que: as leis coloniais deveriam ser aplicadas pelos juízes das Colônias só se elas não estivessem em contraste com as leis do Reino.

Quando em 1776 as Colônias Inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um dos primeiros atos de independência foi de

7. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 57.

substituir as velhas Cartas pelas novas constituições, entendidas como leis fundamentais dos novos Estados independentes. E, como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às Cartas coloniais e às leis do Reino. Assim, não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse ser afirmada e, com maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes.

A forma federativa de Estado em muito contribuiu para o desenvolvimento do controle judicial da constitucionalidade.

Em 1803, John Marshall — no caso *Marbury v. Madison* — dando a interpretação ao artigo VI, cláusula 2.ª, da Constituição Federal de 1787, proclamou: “the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by the instrument”. Tal assertiva iniciou na América e no mundo, algo de novo e importante, e não foi um gesto de improvisação, mas um ato amadurecido, através de séculos de história, não apenas americana, mas universal, conforme o entendimento de Mauro Cappelletti.<sup>8</sup>

Os juristas portugueses dos primórdios do século XVII também tiveram uma clara compreensão desse problema, segundo Alfredo Buzaid.<sup>9</sup> Na hipótese de ocorrer antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, cabia ao Corregedor das Comarcas decretar a nulidade desta, a fim de salvar a autoridade daquela. Em textos altamente expressivos os lusitanos, dois séculos antes dos norte-americanos, decretavam a invalidade das leis, incompatíveis com as ordenações. No Código Filipino (Liv. I, tít. 58, n. 17) lê-se: “E informar-se-á *ex officio*, se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando que algumas não foram feitas, guardada a forma de nossas Ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se não guardem”. Este dispositivo legal sugere duas idéias marcantes, relativamente às quais o legislador filipino revelou uma intuição notável, no tocante a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior e no que se refere a competência atribuída a um órgão judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações.

O tema proposto envolve, por conseguinte, o confronto entre a lei e a sentença, o juiz e o legislador.

Trata-se, em realidade, de um controle exercido pelo judiciário sobre o legislativo. Assim, o executivo é controlado pelo legislativo, através do princípio basilar do direito administrativo que é o Princípio da Legalidade, podendo os atos da administração, neste aspecto, serem, também, revistos de forma irrestrita pelo Poder Judiciário. O controle judicial da constitucionalidade das leis possibilita um efetivo controle sobre os atos emanados do Poder Legislativo. É, sem dúvida, um aperfeiçoamento da doutrina proposta pelo grande autor do Espírito das Leis — Montesquieu, onde foi proposta

8. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 63.

9. Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958, pp. 19-20.

divisão de funções e fiscalização entre os poderes, concebendo-se, porém, “os juizes de uma nação como sendo não mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei”.<sup>10</sup>

Expostas estas considerações introdutórias a respeito do tema, passa-se ao desenvolvimento do trabalho, que abordará os sistemas de controle (político, judicial (através dos critérios: difuso, concentrado e misto) e misto, propriamente dito) as vias pelas quais se exerce (incidental e principal), bem como, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (“ex tunc” e “ex nunc”).

## I — SISTEMAS DE CONTROLE

Os sistemas de controle da constitucionalidade das leis, dizem respeito ao aspecto subjetivo do aludido controle, ou seja com relação aos órgãos aos quais pertence o controle.

Segundo José Afonso da Silva: há três sistemas de controle da constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

### A — CONTROLE POLÍTICO

Existe controle de constitucionalidade que não é o judiciário, é o denominado controle político. Geralmente este controle é preventivo, já que anterior à elaboração da lei, constituindo-se como exemplo o México.

O país, porém, que melhor congrega a idéia de controle político é a França. A idéia de exclusão de um controle da constitucionalidade é uma idéia que sempre se afirmou nas Constituições francesas, e que se encontra firmada na vigente Constituição Francesa de 1958.

O *Conseil Constitutionnel* é composto dos ex-Presidentes da República e de outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da *Assemblée Nationale*, e três, pelo Presidente do *Sénat*. Além das várias funções, o controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares e outras, o Conselho Constitucional tem, também a função de controle da constitucionalidade das leis. O controle se desenvolve da seguinte forma, quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou de outra Câmara do Parlamento (*Assemblée Nationale* ou do Senado) pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao Conselho Constitucional, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade à constituição. Para algumas leis ditas orgânicas, aquelas que dizem respeito principalmente à organização dos poderes públicos, o pronunciamento do Conselho Constitucional é sempre obrigatório. O Conselho Constitucional deve decidir dentro de um mês ou, em certos casos, dentro de oito dias; neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa. O pronunciamento do Conselho Constitucional é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes. Se

10. Montesquieu, op. cit., p. 152, 2.ª coluna.

o pronunciamento do Conselho Constitucional for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada nem poderá, entrar em vigor, senão depois da revisão da constituição.

A natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo Conselho Constitucional, mas política, manifesta-se através da escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, e, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar e pelo caráter necessário, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, sem um verdadeiro recurso de impugnação da parte, bem como pelo caráter preventivo da função de controle por aquele órgão exercida. O parecer vinculatório do Conselho Constitucional é, um parecer jurídico de constitucionalidade e não uma mera avaliação de oportunidade política, sem com isso assumir, porém, o caráter de um verdadeiro julgamento em sentido jurisdicional. Este tipo de controle é muito limitado à luz de uma pesquisa comparativa. Tanto pela limitação das garantias judiciárias (independência, imparcialidade), quanto pelos limites subjetivos (só quatro órgãos legitimados ao recurso), objetivos (incontrolabilidade, por parte do Conselho Constitucional, dos decretos com força de lei do executivo) e temporais, o controle não pode ser exercido após a promulgação da lei.

A justificativa para existir na França somente um controle político e não jurisdicional no tocante à constitucionalidade das leis, funda-se na idéia de separação entre os poderes e a conseqüente inoportunidade de qualquer interferência do poder judiciário na atividade legislativa das assembléias populares. A influência das doutrinas de Rousseau e Montesquieu, asseverando a onipotência da lei, a igualdade dos cidadãos perante a lei e a rígida separação dos poderes, na qual o juiz era somente a *bouche de la loi*, sem dúvida contribuiu para a forma de controle apartada do judiciário.

O Tribunal de Cassação foi instituído em 1790 como um órgão não judicial de controle constitucional, junto ao Poder Legislativo, para evitar que os órgãos judiciários, no exercício das suas funções, invadissem a esfera do poder legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis, com funções, em sua origem, legislativas e políticas.

O Tribunal de Cassação, constituiu-se em típica expressão de desconfiança dos legisladores revolucionários nos juízes franceses.

Na URSS e nos países socialistas, antes das modificações no regime soviético, a fundamentação era justamente a inversa. Consistia na negação da doutrina burguesa da separação dos poderes que devem ser reunidos em um órgão supremo de direta emanção popular. Assim, do Parlamento emanam as leis e somente a este cabe o controle da constitucionalidade das mesmas, através dos princípios fundamentais do sistema.

Pelo exposto, indaga-se se a natureza política e não judicial do controle da constitucionalidade das leis, constitui-se em um efetivo controle.

## B — CONTROLE JUDICIAL

O controle judicial é aquele feito de forma posterior à elaboração da lei e através do Poder Judiciário. Desenvolve-se através de três critérios: difuso (norte-americano), concentrado (austríaco) e misto.

## B.1 Critério difuso

Ocorre naqueles sistemas em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciais de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na decisão das causas de sua competência.

O critério difuso também é conhecido como sistema americano *judicial review*, já que teve origem nos EUA. Encontra-se em muitas das ex-colônias inglesas: Canadá, Austrália e Índia.

Tal sistema teve influência do direito inglês, devido ao Princípio da Supremacia do Parlamento.

No Japão, a Constituição de 1947, filia-se ao aludido sistema.

O direito norueguês e dinamarquês dá poder aos tribunais de controlar a conformidade das leis com a Constituição, com a conseqüência de não se aplicar no caso concreto uma lei considerada inconstitucional. Algo semelhante está sendo instituído na Suécia.

A Alemanha, na época da Constituição de Weimar, e na Itália (1948 a 1956) ocorreu breve experiência do controle difuso.

### B.1.1 Inconvenientes do critério difuso nos países de base romanista

No método de controle difuso de constitucionalidade todos os órgãos judiciais, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a julgamento.

A introdução deste método difuso de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, nos sistemas de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis* (regra do precedente), traz alguns inconvenientes.

A aplicação nos sistemas de *civil law*, do método americano de controle, levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros.

Poderia acontecer que o mesmo órgão judicial que, anteriormente não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, passe a aplicá-la, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.

Na Itália no período (1948 a 1956) em que teve o método difuso, verificou-se que os juízes mais jovens, declaravam a inconstitucionalidade de leis que os superiores tendem a julgar válidas.

O conflito entre os órgãos aponta para a incerteza do direito e traz à tona a discussão entre a procura do justo e a segurança jurídica, até que ponto é válido sacrificar-se o primeiro para se resguardar o segundo.

Outro inconveniente do método difuso de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.

## B.1.2 Controle difuso nos países da *common law*

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes — *stare decisis* — é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questões da constituição poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciais superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários.

O princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo *on the books* é tornada *dead law*, (uma lei morta), excepcionalmente ocorre o revivescimento.

Mediante o instrumento do *stare decisis* aquela *mera não aplicação*, limitada ao caso concreto e não vinculatória para outros juízes e para outros casos, acaba por agigantar seus efeitos, tornando-se uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre em quaisquer outros casos, da lei inconstitucional. Acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, geralmente com efeito retroativo.

Tal posição é contestada por Bernard Schwartz<sup>11</sup> para quem o poder da Suprema Corte Americana era absoluto, já que os estudiosos do tema chegaram a designar o sistema como um "Governo dos Juízes". O princípio do *stare decisis* sofreu modificações fundamentais, a partir de 1937, quando tal princípio foi em muito relativizado.

Embora o método americano seja o de um controle difuso que pertence a todos os juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais, é também verdadeiro, que a última palavra através do sistema de impugnações acaba por competir às Cortes Superiores e definitivamente à Suprema Corte Federal cujas regras são vinculatórias para todos os outros juízes e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.

Assim, pode-se dizer que a *Supreme Court* americana não é equivalente à Corte austríaca ou a Corte italiana ou alemã. Ao mais alto entre os órgãos judiciais federais americanos não se chega a ela mediante especiais procedimentos, mas através de um *iter* das normais impugnações e recursos.

## B.2 Critério concentrado

Denomina-se àquele em que o poder de controle se concentra em *um único órgão judicial*.

Tal sistema também é denominado de austríaco, já que neste país teve sua origem devido à influência das idéias de Kelsen.

11. Bernard Schwartz, *Direito Constitucional Americano, Forense*, Rio, 1.ª edição brasileira: julho de 1966, pp. 198-201.

Constituem-se exemplos de Constituições que adotaram o sistema concentrado: a Constituição da República Italiana de 1956, a Constituição de Bonn (1949), a Constituição de Chipre (1960), a Turca (1961), a Iugoslava (1961). Importa ressaltar que esta Constituição da Iugoslávia foi a primeira, em um regime comunista, a introduzir um sistema de controle da constitucionalidade das leis confiado a uma Corte Constitucional Federal.

O fundamento para o aludido controle se constitui como sendo que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar a segunda.

A solução dos países de base romanista — “civil law” — foi o controle concentrado da constitucionalidade. Concentra-se em um único órgão judicial, idealizado e criado para esta função de controle normativo.

Juízes comuns são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, ter as leis existentes como boas, salvo como acontece na Itália e na Alemanha, mas não na Áustria, o seu poder de suspender o processo diante deles, a fim de argüir, perante o Tribunal Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo. Vigora a presunção de validade das leis, que tem efeito para todos os juízes com a única exceção da Corte Constitucional.

Kelsen<sup>12</sup> na Áustria denominou o controle de constitucionalidade de *atividade natureza legislativa negativa*. Tal expressão foi, também, utilizada por Calamandrei na Itália.

Eduardo Garcia Enterría<sup>13</sup> discorda de Kelsen, neste aspecto. Para o Professor da Universidade de Madri, a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional é uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, eqüitativa, difere da atividade de natureza legislativa negativa, qual seja: das usuais normas de lei.

Para Kelsen<sup>14</sup> a estrutura da ordem jurídica é escalonada. A norma que regula a produção é norma superior. A norma produzida segundo determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas do lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A norma fundamental, nestes termos, é hipotética, e se constitui em fundamento de validade que constitui a unidade desta inter-relação criadora.

A norma fundamental é pressuposta como válida e se constitui no fundamento da ordem jurídica e lhe dá unidade, visto que o sistema de normas é dinâmico.<sup>15</sup>

12. Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Étranger*, 1928, pp. 197-257.

13. Eduardo Garcia de Enterría, “Constituição como Norma”, *Revista de Direito Público*, vol. 78, pp. 5 e ss., abr.-jun./86.

14. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1.ª edição brasileira: abr./85, pp. 240 e ss.

15. Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 1.ª edição brasileira, mar./90.

No sistema concebido por Kelsen o *Verfassungsgerichtshof* austríaco, a Corte não é formada por juízes de carreira, mas por magistrados nomeados *ad hoc* em escolha feita pelos supremos órgãos legislativo ou executivo do Estado. São 14 juízes, mais 6 suplentes, sendo que 8 são nomeados pelo Presidente da República (proposta do Governo) e 6 pelo próprio Presidente.

### B.2.1 Crítica ao critério concentrado

Para Entierria<sup>16</sup> o constitucionalismo europeu fica totalmente à margem desta formidável construção do constitucionalismo americano.

Na Europa havia a prevalência do princípio monárquico — como fonte formal — da Constituição.

Tal implica em reduzir esta a um simples código formal de articulação dos poderes do Estado, sem outra transcendência geral.

O poder monárquico nunca será fonte originária de competências e de direito. Sobre esta base material haveria de fundar-se o constitucionalismo em quase todo o mundo europeu.

Não havia uma relação internormativa hierárquica.

A parte dogmática da Constituição ou não existia ou expressava-se através de princípios muito gerais, cuja positivação técnica requeria o intermédio de leis ordinárias, sobre as quais careciam de toda a operatividade (Constituição Francesa, Estatuto Real Espanhol de 1834, Constituição Alemã de Bismarck em 1871).

Da luta dos parlamentares com os monarcas resultou a soberania parlamentar. Consistindo na soberania absoluta das leis e sua correlata imunidade judicial, acrescida da formação conservadora dos juízes e seu caráter não eletivo.

Para Entierria<sup>17</sup> a recepção na Europa do sistema de justiça constitucional vai ter lugar com o pós-guerra de 1919 e por duas vias principais:

a) através da fórmula advinda do Império Alemão — Constituição de Weimar — no qual se monta um tribunal ao qual se confiam os conflitos entre os poderes constitucionais e especialmente entre os distintos entes territoriais próprios da organização federal;

b) através da monarquia austro-húngara, sistema austríaco, obra genial de Kelsen, sistema expressado pela primeira vez na Constituição Austríaca de 1920 e aperfeiçoada na reforma de 1929.

É confiado a um só tribunal a declaração de inconstitucionalidade de leis. Para Kelsen a função constitucional não seria propriamente judicial, mas legislativa negativa, porque não há uma verdadeira aplicação no caso concreto e, portanto, não se estaria diante de uma atividade judicial, que supõe uma decisão singular. Este rigor lógico leva Kelsen a sustentar que até quando o Tribunal Constitucional não haja declarado a lei inconstitucional (declaração que tem efeito *erga omnes*, o que é próprio de um ato legislativo — força de lei — ainda que aqui seja de ab-rogação) dita lei é válida.

16. Entierria, op. cit., p. 16.

17. Eduardo Garcia de Entierria, "Controle de Constitucionalidade na Europa", *Revista de Direito Público*, vol. 84, p. 5, out.-dez./87.

Kelsen quis evitar a consagração de um governo dos juízes com um sistema tão sutilmente construído. O risco que havia se reprovado no sistema americano havia sido na Europa mais grave, pelo momento particular que havia na Europa e especialmente no mundo germânico, a escola livre do direito, a livre jurisprudência, a comunidade do povo, que alimentavam uma revolta dos juízes contra a lei e que tão facilmente poderiam apoiar-se em uma formulação abstrata e geral de certos princípios constitucionais. Proibindo-se aos juízes que não apliquem as leis, o sistema pretende reforçar os mecanismos de submissão da jurisdição e à legislação e a primazia parlamentar em um momento em que os juízes tenderiam valorar negativamente o acesso às Câmaras de novas forças sociais e políticas capazes de trocar os valores tradicionais.

Kelsen ao vedar o julgamento de casos concretos e limitando sua atuação a normas abstratas, e à valoração e paixão que são inseparáveis dos casos concretos, esvaziou em muito o conteúdo dos julgamentos.

Em síntese, para Kelsen o Poder Legislativo opera-se de duas maneiras, através de uma legislação positiva — quando o parlamento é titular da iniciativa política e de uma legislação negativa — através do Tribunal Constitucional que garante a coerência do sistema das leis.

## B.2.2 Aspectos positivos do critério concentrado

Gilmar Ferreira Mendes<sup>18</sup> assevera que Kelsen observa a deficiência do sistema norte-americano, destacando que o interesse quanto à constitucionalidade das leis configura interesse público que não coincide, necessariamente, com os interesses privados.

Não se exige a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular de situação subjetiva.

Para o autor acima nominado, o mestre de Viena, consagrou uma ação semelhante a *actio popularis* como instrumento de controle da constitucionalidade das leis.

## B.2.3 Controle Judicial x Controle Político

O sistema judicial concentrado supera em muito o sistema existente na França, conhecido como controle político, que por razões históricas, anteriores à Revolução Francesa, visto que os juízes franceses muito frequentemente penetravam nos outros poderes, tendo esta atitude conotação de arbítrio e abuso.

Razões ideológicas também podem ser apontadas, tais como a doutrina de Montesquieu, consagrando a separação dos poderes, como justificativa do controle político existente na França.

Naquela época, era vista com hostilidade a idéia de que os atos dos órgãos superiores, e sobretudo das Assembléias parlamentares fossem submetidos a controle por parte dos juízes.

18. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade, Aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, 1990, pp. 129 e ss.

A doutrina da separação entre os poderes, diferencia-se da concepção norte-americana *checks and balances* — inspirada no recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado.

Na França, o *Conseil d'Etat* exerce uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo. A *Cour de Cassation* incumbem-se de ilegalidades constantes no Poder Judiciário.

A Constituição Francesa de 1958 impôs limites aos poderes do Parlamento, através de aumento dos poderes do executivo e sobretudo os do Chefe de Estado, antes que do Judiciário.

Desta forma, o sistema adotado na França, devido a Revolução Francesa, que se deu contra os abusos do executivo e do judiciário, dá-se através do Parlamento (denominado controle político — não judicial) de forma preventiva.

O sistema americano, influenciado pela Revolução dos EUA, que se deu contra os absolutos poderes do legislativo, caracterizando o controle como judicial e difuso.

As Constituições européias, em especial as da Áustria, Alemanha e Itália, caracterizam-se pelo controle judicial e concentrado.

A toda evidência o sistema concebido por Kelsen, apesar de algumas críticas que se possam fazer, representou um grande avanço em termos de controle da constitucionalidade, já que visa assegurar a compatibilidade das leis, através da hierarquia das mesmas, preservando a unidade do sistema jurídico.

### B.3 Critério misto (critério concentrado combinado com o difuso)

Ocorre em países que combinam os critérios concentrado e difuso visando o controle da constitucionalidade. Constituem-se exemplos do critério misto: Portugal e Brasil.

São utilizadas as vias principal e direta (na próxima parte do trabalho expostas) para arguição da inconstitucionalidade.

O Controle Judicial da Constitucionalidade no direito brasileiro iniciou com o modelo difuso, através da Constituição Republicana de 1891, já que a Constituição Imperial não consagrava sequer de modo incipiente alguma forma de Controle. Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>19</sup> a influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, tais como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do critério difuso.

Dizia Rui Barbosa:<sup>20</sup> “os Tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...). A *judicial review* é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.

Somente através da Emenda n. 16, de 1965, foi instituído o controle concentrado de normas federais e estaduais, antes haviam sido adotados aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do modelo europeu.

Através da Constituição Brasileira de 1988 foi mantido e aperfeiçoado o controle misto, e através da criação do Superior Tribunal de Justiça, incumbiu-

19. Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., pp. 171 e ss.

20. Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 173.

se ao Supremo Tribunal Federal — órgão máximo do judiciário — a competência exclusiva em questões constitucionais federais, desvinculando-o de outras matérias, numa tentativa de erigi-lo a uma verdadeira Corte Constitucional. Observa-se que uma das críticas que feitas ao modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, consistia em que nosso país adotou o modelo concentrado, sem, no entanto, possuir uma Corte Constitucional.

Da mesma forma, o constitucionalismo português teve sua primeira experiência em controle da constitucionalidade com a forma difusa. A Constituição de 1976, porém, consagrou a forma mista combinando a fiscalização difusa com a concentrada.

A revisão portuguesa de 1982 definiu o modelo misto de controle, ao qual Canotilho<sup>21</sup> denomina de misto complexo. Com esta revisão criou-se um Tribunal Constitucional como um verdadeiro órgão jurisdicional que controla as questões de constitucionalidade por via principal e incidental.

A revisão de 1989 não trouxe maiores inovações neste particular.

## C — CONTROLE MISTO

O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional e as leis locais sob o controle jurisdicional.

No direito suíço ao lado de um recurso ao Tribunal Federal é também afirmado um recurso limitado às leis cantonais e que assume uma importância prática muito inferior à do recurso direto. Um geral poder-dever dos juízes de não aplicar as leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal. Todo tipo de controle judicial da constitucionalidade é excluído, na Suíça, em relação às leis federais, e é esta uma limitação tradicional do direito suíço.

## II — MODOS DE EXERCÍCIO DO CONTROLE JURISDICIONAL E SEUS EFEITOS

### A — MODOS DE EXERCÍCIO DO CONTROLE JURISDICIONAL

O direito constitucional comparado conhece três modos de exercício do controle de constitucionalidade: 1.º por via de exceção ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso também denominado de controle concreto; 2.º por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular); 3.º por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes.

O exercício por via de exceção é próprio do controle difuso e os outros, do controle concentrado, para José Afonso da Silva.<sup>22</sup> Tal ponto de vista é criticado por Canotilho<sup>23</sup> pois este diz que é incorreto dizer-se hoje que

21. J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 995 e ss.

22. José Afonso da Silva, op. cit., p. 49.

23. J. J. Gomes Canotilho, cit., p. 995.

o controle por via incidental se identifica com o controle difuso. Em Portugal, o controle difuso pode conduzir a um controle concentrado através de um Tribunal Constitucional. Noutros sistemas, o controle concentrado pressupõe também o incidente de inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controle difuso) limite-se, como tribunal "a quo", a suspender a questão de inconstitucionalidade, fazendo-a subir para o Tribunal Constitucional (exemplos: sistemas alemão e italiano).

A argüição em via incidental (*incidenter*), isto é, dá-se no curso e por ocasião de um processo. O enfrentamento da questão de inconstitucionalidade somente ocorre quando se torne necessário para o caso concreto e pode ser argüido em qualquer tipo de procedimento judicial.

O sistema austríaco quando foi concebido teve como conseqüência a criação de uma Corte Constitucional que concentrou a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade.

A argüição de inconstitucionalidade, dava-se através de uma ação denominada *Antrag*.

No sistema originário austríaco, os juízes que não fossem da Corte Constitucional não poderiam deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais e não tinham poder de controlar a constitucionalidade das leis.

A questão da constitucionalidade somente poderia ser argüida por aqueles órgãos não judiciais, mas políticos, que estavam indicados na Constituição (Governo Federal e Estados).

Nenhum limite de tempo era fixado para argüição das questões.

A Reforma Constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar à legitimação dos órgãos políticos a de dois órgãos judiciais ordinários (Corte Suprema e Corte Administrativa) perante a Corte Constitucional.

Fora do âmbito do controle ficavam as leis lesivas aos direitos individuais e liberdades, antes da reforma.

Existe o dever dos órgãos superiores (Corte Suprema e Administrativa) de não aplicar as leis sobre cuja constitucionalidade eles estejam em dúvida. Contudo, os sujeitos legitimados são ainda restritos e somente cabe aos juízes superiores, incumbindo aos juízes inferiores a sua aplicação.

Os juízes comuns na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, são incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais. Porém, na Itália e Alemanha, o método foi aperfeiçoado, ao invés da pacífica aplicação da lei, têm os juízes o poder dever de submeter a questão à Corte Constitucional. O julgamento será suspenso enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade.

Os juízes não são competentes para efetuar o controle, tal como nos EUA, mas têm legitimidade para requerer à Corte Constitucional.

Na Itália e Alemanha outros órgãos judiciais podem agir em via principal, por via de ação.

Na Itália concede-se legitimação para ação direta de inconstitucionalidade às Juntas regionais e ao governo Central.

Na Alemanha possuem legitimação para propositura da ação direta o Governo Federal, o Governo Estadual, 1/3 dos membros do *Bundestag*, e as pessoas individualmente consideradas se for lesão a direito fundamental.

Inicialmente o modelo austríaco contrapôs-se ao norte-americano. Após, atenuou-se na Áustria com a reforma efetuada em 1929. Na Itália e Alemanha é possível fazer a arguição tanto por via incidental quanto por via principal.

No Brasil, devido a combinação dos critérios difuso e concentrado, o exercício do controle dá-se por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade. José Afonso da Silva apresenta um quadro esquemático dos modos de exercício do aludido controle<sup>24</sup> por via de exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: 1.º) a interventiva federal (arts. 34, III, 102, I, *a* e 129, IV) ou estadual (arts. 36, IV, 129, IV, e 125, § 2.º); 2.º) a genérica: a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei, ou ato normativo federal ou estadual (arts. 102, I, “a”, e 103, incisos e § 3.º), b) de competência do Tribunal de Justiça de cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2.º); 3.º) supridora de omissão: a) do legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2.º).

No denominado sistema misto complexo por Canotilho,<sup>25</sup> a originalidade do sistema português consiste em que: 1.º) não se consagra o modelo puro de “judicial review”; 2.º) não se consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas — alemão e italiano — a decisão para o Tribunal Constitucional. Neste sentido afirma o citado autor que no atual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem exceção, são órgãos da justiça constitucional.

No dizer de Jorge Miranda,<sup>26</sup> a todos os tribunais, seja qual for a sua categoria exercem a fiscalização, devido ao art. 211 da Constituição Portuguesa.

O controle em via principal ou direta é efetuada pelo Tribunal Constitucional, em Portugal, que atua como defensor da constituição frente ao legislador e como órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem Constitucional. É possível ainda o controle por via direta por ação ou omissão.

A crítica que é feita ao controle de constitucionalidade por via direta, apontada por Cappelletti<sup>27</sup> é no sentido de que poderia ensejar a arguição de questões meramente políticas, interferindo nos Poderes Legislativo e Executivo.

24. José Afonso da Silva, op. cit., p. 50.

25. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 995.

26. Jorge Miranda, “A fiscalização concreta da Constitucionalidade em Portugal”, in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 15-29.

27. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 114.

O argumento contrário consiste em dizer que a via direta é uma via criativa de intervenção das Cortes, que exercem função de controle na dialética das forças políticas do Estado.

## B — EFEITOS

Com relação aos efeitos que a arguição de inconstitucionalidade possa surtir serão *ex tunc* ou *ex nunc*, conforme ao sistema ao qual se filie o país, classicamente temos os modelos norte-americano e o austríaco com as posteriores evoluções.

Nos EUA, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula, e, por isto, ineficaz. Desta forma, o juiz não anula, mas declara uma nulidade da lei inconstitucional. Salienta-se, assim, o caráter declaratório, que se opera *inter partes* e com eficácia *ex tunc*.

No sistema austríaco, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida — *ex nunc*, bem como seu caráter geral — *erga omnes*, bem como seu caráter constitutivo.

A Corte Constitucional Austríaca tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação, contanto que este deferimento de eficácia não seja superior a um ano.

Na Itália e Alemanha a solução adotada no último pós-guerra, não se comprometeu de forma exclusiva com nenhum dos dois modelos, ao contrário, os dois foram incorporados. Assim, na Itália e Alemanha, considera-se como nos EUA, que o mero fato da inconstitucionalidade e, por conseguinte, de ineficácia *ipso jure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada solene e vinculatoriamente, pela sentença da Corte Constitucional competente, de onde se depreende que os efeitos são *ex tunc*.

A reforma austríaca de 1929 admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora adotada em 1920. Kelsen viria a reconhecer que o efeito retroativo de anulação é uma necessidade técnica, mas que conduz a questões problemáticas.

Assim, na Áustria, em 1929, as exigências práticas levaram a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não retroatividade.

Nos EUA, Alemanha e Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a doutrina da retroatividade. Esta doutrina parte do pressuposto que a lei inconstitucional seja, *ab origine*, nula e ineficaz. Isto significa que todo ato-privado, está destituído de uma válida base legal.

Pode acontecer que uma lei tenha sido, por muito tempo, aplicada por todos — órgãos públicos e sujeitos privados.

As cortes norte-americanas pelo eficaz estímulo crítico ao realismo jurídico que demonstrou a Constituição é um *living document*, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que foi conforme ou contrário à Constituição pode ser diferente, em uma fase diversa da própria evolução, inspirada em oportuno pragmatismo e elasticidade.

Nos EUA, Itália e Alemanha os efeitos são diversos, dependendo da natureza da matéria. Assim, em matéria penal condenatória, ninguém deve ser obrigado a cumprir pena que tenha sido declarada inconstitucional. Em matéria cível, geralmente respeitam-se os efeitos consolidados produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição. Tal posicionamento se dá um respeito ao princípio da Segurança Jurídica.

No Brasil, há que se decidir a arguição de inconstitucionalidade por via incidental ou de exceção e por via principal ou de ação direta.

Quando se cuida de via incidental, no caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade. Somente quando o Senado lhe retira a eficácia, os efeitos passam a se operar *ex nunc*. Neste sentido o entendimento de José Afonso da Silva Pacheco<sup>28</sup> e Regina Maria Macedo Nery Ferrari,<sup>29</sup> quando esta última se contrapõe ao entendimento manifestado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Em nosso país, quando se cuida de via de ação direta de inconstitucionalidade genérica, a decisão deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória, segundo a posição de José Afonso da Silva.<sup>30</sup> Reconhece porém, que a Constituição Federal não lhe atribui expressamente tais efeitos, já que o art. 52, X, da Carta Magna, por seus termos, refere-se somente à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. A sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, já que visa a declaração de inconstitucionalidade, em tese, visando de imediato retirar sua aplicabilidade.

Quanto à necessidade de comunicação ao Senado Federal, quando se trata de ação direta, as posições não são unânimes. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>31</sup> manifesta-se pela desnecessidade da suspensão no caso de ação direta, no mesmo diapasão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Posição contrária defende Regina Maria Macedo Nery Ferrari,<sup>32</sup> já que se manifesta favoravelmente à participação do Senado, mesmo quando se cuida de via de ação direta, tendo em vista as relações políticas entre os Poderes, quando só, então, poderá a lei ser expelida do ordenamento jurídico.

Quando se trata de sentença proferida em processo de ação de inconstitucionalidade interventiva, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Vislumbra-se, então, que o efeito condenatório, transmuda-se em um verdadeiro efeito constitutivo, que faz coisa julgada material *erga omnes*, segundo José Afonso da Silva.<sup>33</sup>

28. José Afonso da Silva, op. cit., p. 52.

29. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 3.ª ed., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, RT, 1992, p. 116.

30. José Afonso da Silva, op. cit., p. 52.

31. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 18.ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1990.

32. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, op. cit., p. 134.

33. José Afonso da Silva, op. cit., p. 53.

No que concerne aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, da Constituição Federal), os efeitos de natureza são expressos no próprio texto legal. Não se cogita de eficácia *erga omnes*, já que consiste em determinação a um dado Poder, no entendimento de José Afonso da Silva.<sup>34</sup> Defendendo efeitos *erga omnes*, posto que aproveitará a todos que dela puderem fazer uso, Regina Maria Macedo Nery Ferrari.<sup>35</sup> E, ainda, não são meramente declatórios os efeitos da decisão, tendo conteúdo mandamental, no sentido de que é determinado a um dado Poder a adoção de providências necessárias ao suprimento da omissão.

São estes, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de uma forma geral, pois a matéria enseja muitas outras questões, que não serão analisadas de forma mais minuciosa para não alongar ainda mais o presente trabalho e porque este visa apontar as linhas gerais no direito comparado do controle da constitucionalidade.

## CONCLUSÃO

O controle da constitucionalidade das leis representa uma tentativa de limitar os poderes constituídos do Estado. Os critérios de controle: difuso, concentrado ou misto, dependerão da realidade e evolução histórica de cada país.

O teor democrático será dado através dos legitimados para exercer o controle da constitucionalidade.

Por isso, a experiência alemã é tão rica, visto que deu proteção à chamada minoria qualificada, recomendada por Kelsen na famosa conferência de 1928,<sup>36</sup> somente veio a ser positivada com a revisão constitucional de 1975, que reconheceu a legitimidade de arguição de inconstitucionalidade de lei federal formulada por um terço dos membros do Parlamento. E, ainda, foi introduzido o chamado recurso individual (*individualantrag*), que permite a impugnação perante a Corte Constitucional de lei ou regulamento que lese, diretamente, direitos individuais.

Sem dúvida, constitui-se um avanço em termos de ampliação de legitimidade, no tocante ao controle da constitucionalidade, a experiência alemã. A Constituição Federal Brasileira, também evoluiu de forma positiva ao ampliar os legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, através dos incisos do art. 103, da Carta Magna.

A Justiça Constitucional expressa a própria realidade, que é dinâmica, devendo traduzir os anseios de uma sociedade.

Pode-se dizer, utilizando as palavras do pensador maior, quando se fala em controle da constitucionalidade Kelsen,<sup>37</sup> que a Justiça Constitucional é, em última análise, uma garantia de paz política em um Estado, ao qual somente acrescentaríamos, democrático.

34. José Afonso da Silva, op. cit., p. 53.

35. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, op. cit., p. 162.

36. Hans Kelsen, *La garantie ...*, cit., pp. 197 e ss.

37. Hans Kelsen, *La garantie ...*, cit., p. 257.

## BIBLIOGRAFIA

- AGESTA, Luiz Sanchez. *Princípios de Teoria Política*, 6.<sup>a</sup> ed., Editora Nacional, Madrid, 1979.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- . e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Ed., Coimbra, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Porto Alegre, Fabris, 1984.
- CHATELET, François. *História das Idéias Políticas*, 2.<sup>a</sup> ed., Zahar Ed., Rio de Janeiro, 1990.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*, t. I, Ed. Guanabara Koogan S/A, Rio de Janeiro, 1982.
- . *História do Pensamento Político*, t. II, Zahar Ed., Rio de Janeiro, 1983.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey Ed., 2.<sup>a</sup> ed., 1993.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*, Liber Juris, Rio de Janeiro, 1989.
- DUVERGER, Maurice. *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*, Cinquième Édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1948.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. “Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *RDP* 92, p. 5, out.-dez./89.
- . “Controle de Constitucionalidade na Europa”, *RDP* 84, p. 5, out.-dez./87.
- . “Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição”, *RDP* 83, p. 5, jul.-set./87.
- . “Constituição como Norma”, *RDP* 78, p. 5, abr.-jun./86.
- . “Hermenêutica e Supremacia da Constituição”, *RDP* 77, p. 33, jan.-mar./86.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 3.<sup>a</sup> ed., rev. ampl. com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 18.<sup>a</sup> ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1990.
- GARCIA, Eusebio Gonzales. “El Tribunal Constitucional Español: Consideraciones de Derecho Comparado”, *RDP* 55, p. 46, jul.-dez./80.
- GRANT, James A. C. “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leys — Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política”, Publicación de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1963.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Fabris, Porto Alegre, 1991.
- KELSEN, Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, 1928, p. 197.
- . *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.

- . *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- . *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1985.
- KRIELE. *Introducción a la Teoría del Estado (Fundamentos históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático)*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LASSALE, Ferdinand. *Que es una Constitución?*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957.
- LOCKE, John. *Coleção Os Pensadores*, 3.ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1983.
- LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- . "Tribunal Constitucional Alemão — o Apelo ao Legislador — *Appellentscheidung* — na práxis da Corte Constitucional Federal alemã", *RDP* 99, p. 32, jul.-set./91.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2.ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Ed., 1981, 2v.
- . "A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal" in *As garantias do cidadão na justiça*, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 15.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. 2.ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1979.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*, Forense, Rio, 1.ª ed. brasileira, julho de 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed., rev. ampl. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Ed. RT, 1990.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, 2.ª ed., Ed. Itatiaia, São Paulo, Ed. Universidade de São Paulo, 1977.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, CEDAM, 1981.