

O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas

Iacyr de Aguiar Vieira

Sumário

1. Introdução. 2. Sistemas de controle da constitucionalidade das leis. 2.1. O controle político. 2.2. O controle jurisdicional. 2.2.1. O sistema difuso ou “americano”. 2.2.2. O sistema concentrado ou “austriaco”. 2.3. O controle misto. 3. Efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis. 3.1. Controle político. 3.2. Controle jurisdicional. 3.3. Sistema difuso. 3.4. Os efeitos no sistema americano. 3.5. Os efeitos em alguns ordenamentos jurídicos europeus 4. Conclusão

1. Introdução

Como bem assinala Canotilho¹, o problema do *controle principal* da conformidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição apresenta-se como uma das questões-chave da moderna constitucionalidade, devido ao caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa atribuído à Constituição e à necessidade de considerar como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional a garantia e a segurança imediata da lei fundamental.

Introduzido no mundo jurídico no início do século XIX (1803) por meio da construção jurisprudencial da Corte Suprema americana², o controle de constitucionalidade somente neste século encontra maior campo de expansão³.

O controle de constitucionalidade constituiu a “*verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição”⁴

Iacyr de Aguiar Vieira é Professora Assistente junto ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, MG, onde leciona Direito Civil e Direito Internacional. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

e deriva da concepção da Constituição como lei fundamental do ordenamento jurídico. Segundo José Afonso da Silva⁵, “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

Também realçando a necessidade e o modo de resguardar a supremacia da Constituição, manifestam-se Canotilho e Vital Moreira⁶:

“através da fiscalização da constitucionalidade e do sistema de revisão afirma-se a inequívoca supremacia da Constituição como lei fundamental da ordem jurídica, impondo-se a toda a actividade do Estado (incluindo a de produção normativa) e definindo e demarcando os limites da sua própria alteração”.

Entre nós, Gilmar Ferreira Mendes⁷, confirmando o pensamento de Konrad Hesse⁸, destaca que o conceito de Constituição “parece preservar um núcleo permanente”, contendo a idéia de um princípio supremo que determina de forma integral o ordenamento estatal e a essência da comunidade que é constituída por esse ordenamento.

Para Hans Kelsen⁹, a Constituição, no sentido material, representa o escalão de Direito positivo mais elevado, isto é, a norma positiva por meio da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais – quanto à determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para produzi-las e também quanto ao seu conteúdo.

Assinala Kelsen¹⁰ que a Constituição, ao determinar o conteúdo de normas gerais, pode ou prescrevê-lo, ou excluí-lo. A Constituição pode prescrever o conteúdo de futuras leis: “quando existe a promessa de leis a fixar”; como exemplo de exclusão pela Constituição, Kelsen aponta

“leis que violem direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas Constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”.

Para Canotilho¹¹, o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos deriva da união destas duas dimensões – superlegalidade formal (a Constituição como norma primária da produção jurídica, que justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais) e superlegalidade material (parametricidade material das normas constitucionais, ou seja, os atos normativos só estarão conformes com a Constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, para a produção desses atos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais já fixados nas normas ou princípios constitucionais.

Karl Loewenstein¹², considerando o controle da constitucionalidade como sendo, essencialmente, um controle político, e a decisão que decorre da sua imposição perante os outros poderes, uma decisão política, vai mais além quando afirma:

“quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem pelo próprio direito em um detentor do poder semelhante, quando não superior aos outros detentores do poder instituídos”.

Tal pensamento, no entanto, contraria as idéias de Montesquieu¹³, que caracterizava o poder judiciário como *invisível e quase nulo*, e de Hamilton¹⁴, que assim se expressava:

“o Judiciário pela própria natureza de suas funções será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem

da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem “força” nem “poderio”, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos”.

Não obstante essas palavras, Hamilton, no mesmo número do *Federalista*¹⁵, afirma o valor da Constituição e o papel preponderante das Cortes:

“Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em conseqüência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes”.

Para Hamilton, no entanto, essa atribuição do Judiciário não implica uma “supe-

rioridade do Judiciário sobre o Legislativo”, supondo apenas “que o poder do povo é superior a ambos”; e que, “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juizes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”¹⁶.

Loewenstein¹⁷, professor alemão que estudou profundamente a ciência política norte-americana, considera o controle judicial como sendo o traço mais significativo e próprio do sistema governamental americano e define os seus três campos de aplicação:

1) o campo das relações entre a União e os Estados, notadamente na ampliação da competência federal em relação aos Estados, o que “confirma o fato de que em qualquer ordem estatal federal é indispensável a existência de um órgão para ajustar os conflitos entre o Estado central e os Estados membros;

2) o segundo campo de aplicação do controle judicial

“é a proteção das liberdades civis e dos direitos fundamentais que ostentam de igual forma todos os destinatários do poder. O controle judicial aparece aqui também estreitamente ligado à relação Federação-Estado membro, mas sua razão de ser não é menos indiscutível nos Estados unitários. Neste campo, o controle judicial se mantém na maior parte dos casos dentro dos limites marcados para a função de executar a decisão política. A atividade dos juizes consiste aqui, fundamentalmente, só na aplicação daquelas normas que protegem as liberdades civis contra as intervenções da Legislação e da administração”.

3) como terceiro campo de aplicação, Loewenstein¹⁸ aponta o controle judicial entre os órgãos do poder. Ocorre quando os juizes proclamam seu direito de valorizar uma decisão político-social e político-

econômica do governo e/ou do parlamento. Segundo o professor alemão¹⁹,

“o controle judicial pode, de fato, ocupar o lugar de decisão do detentor político do poder. Carece de importância que a Suprema Corte prescinda de declarar a lei formalmente nula; sua inaplicabilidade no caso em litígio significa sua suspensão definitiva segundo a regra do *stare decisis*.”

Como exemplo, Loewenstein recorda o período de 1890 a 1836 em que a Suprema Corte,

“através de suas decisões aplicando disposições constitucionais – em particular a cláusula *due process* da quinta e da décima quarta emenda, e da cláusula *commerce*, foi capaz de impor à nação a ideologia econômica do *laissez faire* contra a regulamentação governamental sobre a economia e a indústria, evitando o cerco à justiça social exigido pelas maiorias progressistas nas assembleias legislativas federais e nas assembleias legislativas dos Estados membros”.

É conhecida de todos a afirmação de que a Constituição americana é o que a Suprema Corte diz que ela é²⁰, nos casos concretos que lhe são apresentados. Em matéria de Constitucionalidade, não há controle *in abstracto* no sistema americano, como veremos.

O controle jurisdicional da constitucionalidade foi desenvolvido a partir da noção jusnaturalista de *higher law*²¹, consagrado no Federalista e concretizado em 1803 na sentença do Juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison*: “*the constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”; “*an act of the legislature repugnant to the constitution is void*”. É conhecido como sistema difuso ou americano; É também conhecido como *judicial review*.

O sistema concentrado ou austríaco foi desenvolvido por Kelsen. Esse sistema diverge substancialmente do sistema difuso ou americano:

“o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial,

mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”²².

O controle da constitucionalidade das leis também pode ser feito por órgãos políticos – é o sistema designado por “sistema francês”, em que o controle é feito *a priori*.

Neste trabalho serão estudados os vários sistemas de controle de constitucionalidade das leis e, numa análise comparativa, os efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis.

2. Sistemas de controle da constitucionalidade das leis

O controle de constitucionalidade das leis tem sido exercido sob as mais variadas formas.

Para uma análise mais clara, devem ser observados vários aspectos que influenciam a classificação dos tipos e sistemas de controle.

Quanto ao momento em que ocorre o controle, há que se distinguir entre *controle preventivo* e *controle repressivo*. O primeiro ocorre antes que se perfeccione o ato legislativo. O controle repressivo ou *sucessivo* dá-se quando o ato normativo já é um ato perfeito, pleno de eficácia jurídica. O primeiro é um controle *a priori*. O segundo, um controle *a posteriori*.

Quanto ao órgão que exerce o controle, há que se distinguir entre *controle político* e *controle jurisdicional*. O primeiro é exercido por órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. O segundo é exercido por órgãos integrados ao Poder Judiciário e pode ser *difuso* ou *concentrado*.

O terceiro aspecto a ser analisado e que interfere no controle é o modo com que se efetiva o controle de constitucionalidade.

Canotilho²³ classifica o modo de controle em *controle por via incidental* e *controle por via principal*, e ainda: *controle abstrato* e *controle concreto*. O *controle preventivo* está associado ao controle político. Tem como precedente histórico o exercido pelo Senado conser-

vador da Constituição francesa do ano VIII (1799) e a Corte Constitucional austríaca, prevista na Constituição de 1920 (art. 138, n. 2), que, incumbida do controle preventivo, apresentou resultado desanimador²⁴.

Conforme dados do Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus²⁵, em relação aos países em que a Justiça Constitucional se encontra institucionalizada num Tribunal Constitucional ou instituição similar, o controle preventivo é, em princípio, a única modalidade admitida pela França, com ressalva da hipótese prevista no art. 37, alínea e, da Constituição Francesa, que trata do controle obrigatório das ‘leis orgânicas’ e dos ‘regimentos’ das câmaras do Parlamento e do controle facultativo de acordos internacionais e leis parlamentares. O controle preventivo encontra-se expressamente consagrado também em Portugal, Áustria, Itália e Espanha. Em Portugal, esse controle alcança todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado (convenções internacionais, leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais); já na Áustria, Itália e Espanha, tem um âmbito muito mais limitado, pois é admitido apenas quanto a questões de repartição de competência entre a Federação e os Estados federados (Áustria); quanto a leis regionais reprovadas pela respectiva assembléia depois da oposição do Governo (Itália), ou quanto a tratados internacionais (Espanha, onde, a partir de 1985, desapareceu a possibilidade de controle preventivo dos estatutos das “Comunidades Autônomas” e das “Leis Orgânicas”).

Também na República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional chegou a admitir, mesmo sem texto expresso, o controle preventivo de leis de aprovação dos tratados internacionais. Na Bélgica, o Conselho de Estado emite parecer prévio sobre o texto dos projetos e propostas de lei e de decreto, sem que nada impeça que o respectivo exame abranja a questão da constitucionalidade.

Em relação ao controle preventivo, afirma Ferreira Filho²⁶ que

“a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis”.

O *controle repressivo* ou *sucessivo* é exercido após a entrada em vigor do ato normativo. Considerado válido, pleno de eficácia jurídica, é o ato normativo submetido à apreciação seja pelo juiz que conhecer da causa, de *modo concreto*, pelo sistema difuso, seja pelo órgão competente para conhecer do pedido *in abstracto*, pelo sistema concentrado. Associa-se o controle repressivo ou sucessivo ao controle jurisdicional.

2.1. O controle político

A França é apontada como o país que oferece “os mais típicos e numerosos exemplos de um *controle político*, não judicial, de constitucionalidade”²⁷.

As Constituições francesas, por razões históricas e ideológicas, sempre afirmaram a exclusão de um controle judicial de constitucionalidade²⁸.

Desde 1789, por meio das doutrinas e dos dogmas que fundamentaram o Estado democrático e liberal francês, foi a Constituição concebida como um pacto social essencial e superior, que legitima e ao mesmo tempo delimita a competência das autoridades públicas instituídas por ela. Os direitos individuais, tidos como inalienáveis e intocáveis, foram colocados acima da lei e do direito pela Declaração de direitos do Homem e do Cidadão (1789), que insistia

sobre os limites do Poder Legislativo: “*La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*” (art. 5).

A Declaração de direitos de 1789 proclama em seu artigo 16: “*toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”²⁹.

A Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, em prolongamento à Declaração de 1789, formulou de maneira clara: “*Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l’exercice des droits naturels et civils... garantis par la Constitution*”.

Os constituintes de 1789 insistiram sobre a preeminência da Constituição, mas não instituíram nada para garantir os possíveis abusos do poder legislativo. No entanto, fizeram tudo para impedir a aparição de um controle das leis pelos juizes ordinários³⁰.

A Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária, à qual se deve também a separação das autoridades administrativas e judiciárias, anunciava em seu artigo 10: “*les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l’exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ni suspendre l’exécution des décrets du corps législatif sanctionnées par le Roi, à peine de forfaiture*”. O que será consagrado na Constituição de 1791: “*les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du pouvoir législatif ou suspendre l’exécution des lois...*”³¹.

Segundo Gaston Jèze³², foi sob a influência dessas considerações, fortalecidas pelo dogma da separação dos poderes, que “o poder lógico, normal, natural dos tribunais de verificar a constitucionalidade das leis antes de aplicá-las foi afastado”. Considerando a proibição endereçada aos juizes pela Lei de 1790 e pela Constituição de 1791 como contraditória ao princípio da separação dos poderes, atribuía à proibição origens de ordem exclusivamente política.

Houve experiências de um controle de Constitucionalidade pelo *Sénat* nas Constituições napoleônicas do Ano 8 e na de 1852.

Em 1875, nada foi instituído para assegurar a primazia das leis constitucionais da III República.

Em 1946, com o nascimento da IV República, a nova Constituição previu um “*comité constitutionnel*” competente para verificar “*si les lois votées par l’Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution*”, deixando claro que, em caso de julgamento negativo, “*la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n’ait été révisée*”³³.

Bernard Pacteau³⁴ observa que essa inovação trazida pela Constituição de 1946 foi recebida com prudência. O Preâmbulo não podia ser utilizado contra uma lei e o procedimento do *Comité* era complexo; exigia uma petição conjunta do Presidente da República. O *comité constitutionnel* se reuniu apenas uma vez, em 1948.

Apenas em 1958 assiste-se ao verdadeiro nascimento de um órgão constitucional na França: o *Conseil Constitutionnel*, criado pela Constituição de 4 de outubro de 1958, que dedica os artigos 56 a 63 à sua estruturação.

O artigo 46 da Constituição de 1958 dispõe que as leis orgânicas não podem ser promulgadas senão após a declaração, pelo *Conseil Constitutionnel*, de sua conformidade com a Constituição.

O *Conseil Constitutionnel* compreende nove membros, cujos mandatos duram nove anos e não são renováveis. O *Conseil* é renovado por um terço de três em três anos. Três membros são nomeados pelo Presidente da República; três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado (artigo 56).

Além dos nove membros acima referidos, fazem parte do *Conseil Constitutionnel* os antigos Presidentes da República (artigo 56).

O Presidente do *Conseil Constitutionnel* é nomeado pelo Presidente da República e tem voz preponderante em caso de empate (artigo 56).

As funções dos membros do *Conseil Constitutionnel* são incompatíveis com

as de ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades são fixadas por uma lei orgânica (artigo 57).

O *Conseil Constitutionnel* vela pela regularidade da eleição do Presidente da República, examina as reclamações e proclama o resultado do escrutínio (artigo 58).

O *Conseil Constitutionnel* estatui, em caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos deputados e dos senadores (artigo 59).

Vela pela regularidade das operações de *referendum* e dele proclama os resultados (artigo 60).

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de entrarem em vigor, devem ser submetidos ao *Conseil Constitutionnel*, que se pronuncia sobre sua conformidade à Constituição (artigo 61).

Para os mesmos fins, devem as leis ser deferidas ao *Conseil Constitutionnel*, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado ou por sessenta senadores (Lei Constitucional nº 74.904 de 29 de outubro de 1974). Nos casos previstos no artigo 61 da Constituição de 1958 e na Lei Constitucional acima referida, o *Conseil Constitutionnel* deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do governo, se há urgência, esse prazo é reduzido para oito dias.

Nesses casos, o embargo do *Conseil Constitutionnel* suspende o prazo de promulgação. Uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem aplicada (artigo 62) e as decisões do *Conseil Constitutionnel* não são susceptíveis de recurso algum. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (artigo 62).

Uma lei orgânica determina as regras de organização e de funcionamento do *Conseil Constitutionnel*, o processo que é seguido diante dele e os prazos abertos para oposição de contestação (artigo 63 da Constituição de 1958 – Ordonnance nº 58-1067 de

7 de novembro de 1958 – Lei orgânica sobre o *Conseil Constitutionnel*).

Para Canotilho³⁵,

“a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma consequência das concepções rousseauiano-jacobinas (a lei como instrumento da ‘vontade geral’). Ela é também típica da doutrina da soberania do parlamento inglês. A posição paradigmática de Blackstone merece ser referida: ‘*The Power of Parliament is absolute and without control*’.”

Em Portugal, o controle político dominou durante o constitucionalismo monárquico. Com a Constituição de 1911 (art. 63º), foi introduzido o sistema difuso, incidental e concreto; a Constituição de 1933, no entanto, reafirmou o controle político para as inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República (art. 123º)³⁶.

A Itália também conhece o controle político – não judicial. A Constituição italiana prevê um controle judicial, confiado à Corte Constitucional, e um controle político que compete ao Presidente da República. Este pode, quando julgar oportuno, suspender a promulgação das leis aprovadas pelo Parlamento, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação³⁷.

2.2. O Controle Jurisdicional

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido exercido por meio de dois modelos básicos: o *difuso* e o *concentrado*.

2.2.1. O sistema difuso ou “americano”

É exercido por qualquer membro do Poder Judiciário: “A competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial”³⁸.

O sistema difuso é também conhecido como sistema ou tipo “americano” de controle, pelo fato de ter sido concretizado pela primeira vez nos Estados Unidos da América; constitui um traço característico no ordenamento daquele país.

O sistema americano de *judicial review* encontra-se, também, em muitas das ex-colônias inglesas como o Canadá, a Austrália e a Índia. A Inglaterra se vê excluída, por força do princípio fundamental da *supremacy of the Parliament*, do controle judicial da legislação. Não há controle de constitucionalidade na Inglaterra³⁹.

Também experimentaram o sistema difuso a Alemanha de Weimar e a Itália, de 1948 a 1956, que corresponde ao período da entrada em vigor da Constituição de 1947, até o início do funcionamento da Corte Constitucional, conforme a previsão do art. VII, § 2º, das “Disposições transitórias e finais”⁴⁰.

Portugal adotou o sistema difuso de controle pela Constituição de 1911 (art. 63º), por influência da Constituição Brasileira de 1891 (arts. 207 e 280)⁴¹.

Os critérios que constituem a base do mecanismo do controle difuso são apresentados por Cappelletti⁴²:

“a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quan-

do a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como na França, sobre o regulamento”.

O *controle difuso* é exercido incidentalmente no caso concreto, como alegação da parte, para exigir a prática de um ato coartado por lei tida por contrária à Constituição, ou como alegação de defesa contra a prática de um ato exigido com fundamento numa lei viciada de igual modo. “A questão é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto”⁴³.

Canotilho⁴⁴, no entanto, adverte que não se deve identificar o controle por via incidental com o controle difuso, uma vez que este pode conduzir a um controle concentrado por meio do Tribunal Constitucional. Acrescenta o mestre português que

“noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a questão da inconstitucionalidade, fazendo-a subir para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano)”.

Também associado ao controle jurisdicional difuso incidental, tem-se o controle *concreto*. Também chamado de ação judicial ou *judicial review*: qualquer juiz que tenha de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela Constituição, a verificar se as normas políticas aplicáveis ao caso são ou não são válidas. É um poder-dever do juiz.

O juiz Marshall, no citado caso *Marbury v. Madison*, explicou o controle concreto de forma clara:

“é, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos

particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como a outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambas dizem respeito⁴⁵.

2.2.2. O sistema concentrado ou “austríaco”

Coube a Kelsen a criação deste sistema de controle da constitucionalidade das leis. Kelsen o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920.

Esse sistema importa na reserva da competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade a um único órgão, que tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para esse fim (ex.: um Tribunal Constitucional)⁴⁶.

Esse sistema encontrou recepção após a Segunda Grande Guerra, estando consagrado na Constituição da República Italiana, de 1º de Janeiro de 1948, estando em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional (1956); na Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949; na Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960; na Constituição da República Turca, de 9 de julho de 1961⁴⁷.

Canotilho acrescenta aos países que adotaram o sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis a Grécia, Espanha e Portugal⁴⁸.

Segundo Canotilho⁴⁹:

“a concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review*

americana: o controlo constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa.*”

No *sistema concentrado*, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser julgada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis⁵⁰.

Ao *sistema concentrado* associam-se o controle por via principal e o controle abstrato. As questões são levantadas a título principal, mediante processo constitucional autônomo⁵¹, e a impugnação da constitucionalidade de uma lei é feita independentemente de qualquer litígio concreto⁵².

O *controle abstrato* de normas não é um processo contraditório de partes; é um processo que visa sobretudo à garantia da Constituição, à defesa da Constituição e da legalidade democrática por meio da eliminação de atos normativos contrários à Constituição⁵³.

A legitimidade ativa é reservada a um número restrito de *entidades*, no sistema abstrato de controle, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, em que a legitimidade ativa está circunscrita ao juiz, ao Ministério Público e às partes na causa *sub-judice*.

Como modelo de sistema concentrado de controle podemos destacar o exercido na Alemanha pelo *Bundesverfassungsgericht* (a seguir denominado BVerfG), sediado em Karlsruhe. Instituído pela Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, o BVerfG é mencionado junto com outros quatro órgãos constitucionais que são o

Presidente da República, o Parlamento Federal, o Conselho Federal ou Senado e o Governo Federal.

O BVerfG foi constituído em 1951; é independente em relação aos demais órgãos constitucionais. Compõe-se de duas câmaras chamadas senados (o primeiro ocupa-se com a Lei Fundamental e o segundo, com o Direito Público), cada um é formado por oito juizes. Metade deles é designada pelo Parlamento e a outra, pelo Conselho Federal. Não poderão pertencer nem ao Parlamento Federal nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem a órgãos correspondentes de um Estado (artigo 94, (1), da Lei Fundamental).

Os juizes devem ter pelo menos 40 anos de idade; são eleitos para um período de doze anos e devem deixar o cargo, a mais tardar, ao completar os 68 anos de idade.

Todas as tarefas e competências do BVerfG estão regulamentadas no artigo 93, (1), da Lei Fundamental. Além de atuar nos casos que lhe forem conferidos por lei federal (artigo 93, (2)), o BVerfG decide:

“1º – sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão supremo da Federação, ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental, ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo;

2º – no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental, ou com a compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal;

3º – no caso de divergência de opinião sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução das leis federais

pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;

4º – em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

4ª – sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo o cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4ºb – sobre processos constitucionais de municípios e entidades comunais por infração ao direito de auto-administração de acordo com o artigo 28 por uma lei; em casos de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no Tribunal Constitucional Estadual respectivo;

5º – Nos demais casos previstos nesta Lei Fundamental.”

O controle das normas é previsto no artigo 100 (1) da Lei Fundamental de Bonn:

“Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal”.

A iniciativa do *controle abstrato* no ordenamento jurídico alemão é facultada ao Governo Federal, ao Governo dos *Landers*, a minorias parlamentares (1/3 do *Bundestag*) e admite-se recurso constitucional do cidadão (com acesso direto ao BVerfG, artigo 19, 4, da

Lei Fundamental de Bonn) contra a administração pública para defesa de seus direitos fundamentais.

A organização do BVerfG, o processo e a determinação dos casos em que as suas decisões terão força de lei são regulamentadas por meio de Lei Federal (Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 12-3-1951).

2.3. Controle misto

Segundo José Afonso da Silva⁵⁴,

“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 o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.”

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz⁵⁵ apresenta como um terceiro modelo ‘misto’ “a combinação com temperamentos e adequações a uma dada realidade nacional, dos modelos americano e austríaco”, enquadrando nesse “novo” modelo o sistema de controle no Brasil.

Para o Professor Ricardo A. M. Fiuza⁵⁶, há controle misto

“quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado, reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada”.

Aponta como controle misto o “modelo austríaco” – Constituição austríaca de 1920; o sistema adotado na Itália – artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o artigo 137 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967, que estabelece a composição da *Corte Costituzionale*: “*La Corte Costituzionale é composta de quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un*

terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative”.

O professor mineiro inclui ainda a Espanha e Portugal no rol dos ordenamentos que admitem o controle misto.

A Constituição espanhola, de 1978, no Título IX, artigos 159 e seguintes, estabelece a composição e a estrutura do Tribunal Constitucional, que se compõe de 12 membros nomeados pelo Rei, sendo 4 propostos pelo Congresso (dos Deputados) por maioria de 3/5 dos seus membros; 4 propostos pelo Senado, com idêntica maioria; 2 propostos pelo Governo e 2 propostos pelo *Consejo General del Poder Judicial*.

Portugal, após a revisão constitucional de 1982, também se enquadra no sistema misto de controle. O Tribunal Constitucional português foi inserido na Parte III (Organização do Poder Político), Título V, que trata dos Tribunais em geral e sua composição se encontra na Parte IV, que trata da Garantia e Revisão da Constituição, demonstrando o seu caráter de órgão jurisdicional especial⁵⁷.

Segundo o professor mineiro⁵⁸, o “controle” de constitucionalidade em Portugal atualmente é feito mediante a fiscalização preventiva, requerida pelo Presidente da República ao Tribunal Constitucional para a “apreciação da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação; é feito através da *fiscalização sucessiva concreta* – conforme o artigo 207 da Constituição da República Portuguesa (CRP), os juizes e tribunais judiciais, nos feitos submetidos a seu julgamento, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou nos princípios nela contidos; através de *fiscalização sucessiva abstrata* – “o artigo 281 da CRP estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da

República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembléia da República.”

Portugal conhece também a *fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*⁵⁹.

Como modelo de sistema misto, aponta-se, ainda, o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, além de manter o controle de constitucionalidade em concreto (que vinha desde 1891) e de ampliar o controle em abstrato (que tínhamos desde 1946), consagrou o controle de constitucionalidade por omissão, a exemplo do modelo português.

3. *Análise comparativa dos efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis*⁶⁰

Para uma abordagem eficaz dos efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis, há que se analisar, primeiramente, o conteúdo das decisões que são proferidas em cada sistema por meio dos modos específicos com que a questão da constitucionalidade é interposta.

Nos ordenamentos jurídicos estudados, apresentam-se dois modelos básicos de controle da constitucionalidade: o controle político e o controle jurisdicional.

3.1. *Controle político*

No controle político, não há uma decisão judicial, mas há uma verificação prévia da constitucionalidade dos atos normativos apresentados ao órgão competente e há um pronunciamento a respeito.

No controle preventivo, o conteúdo dispositivo do pronunciamento traduz-se em impedir a entrada em vigor da norma não conforme com a Constituição.

Na França, o *Conseil Constitutionnel* se manifesta por meio de três grandes modali-

dades: *l'invalidation*, *l'interprétation* e *l'intimidation*⁶¹.

1. *L'invalidation*, isto é, a declaração de não-conformidade de uma norma à Constituição; é a modalidade mais natural e a mais radical censura de irregularidades constitucionais de uma lei. Tem por efeito interditar a promulgação de estipulações julgadas contrárias à Constituição, o que não impede o re-início do procedimento parlamentar⁶².

2. *L'interprétation*, que significa colocar a lei “em conformidade” com a Constituição. Neste caso a lei não é invalidada, mas ao mesmo tempo uma determinada significação e uma determinada aplicação lhe são impostas; fala-se então de declaração de conformidade “*sous réserve*”, ou mesmo de “*strictes réserves d'interprétation*”⁶³.

3. *L'intimidation*, que significa, na verdade, uma advertência, um efeito dissuasivo que exerce indiretamente a Jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* contra os excessos ou potenciais desvarios legislativos. O temor de uma desaprovação detém o Governo quando da preparação de seus projetos de Lei (o *Conseil d'État*, obrigatoriamente consultado, advertirá justamente o Executivo dos riscos incorridos. Ele pode também deter os parlamentares)⁶⁴.

3.2. *Controle jurisdicional*

No controle jurisdicional, os ordenamentos jurídicos têm-se utilizado ora do controle difuso, ora do controle concentrado, ora de ambos. Antes de tratar dos efeitos das decisões, necessário se faz estabelecer uma primeira distinção entre o conteúdo das decisões nos dois sistemas:

“no controle concentrado a decisão versa *diretamente* sobre a questão da constitucionalidade e incorpora no seu teor o correspondente juízo; no controle difuso a decisão visa imedia-

tamente resolver outra questão jurídica (a questão principal) submetida ao tribunal ou ao juiz singular e, em geral, só nos seus fundamentos integra um juízo sobre a constitucionalidade da norma, juízo que se resolve na ‘aplicação’ ou ‘não aplicação’ desta norma ao caso concreto”⁶⁵.

Uma segunda distinção, decorrente da primeira, refere-se ao modo pelo qual a questão da constitucionalidade se apresenta: *sistema difuso* ou *sistema concentrado*. No *sistema difuso*, o controle das leis “tem o caráter de um controle que se exerce em *via incidental*”. No *sistema concentrado*, o controle da constitucionalidade tem “o caráter de um controle que se exerce em *via principal*”⁶⁶.

3.3. Sistema difuso

Para Mauro Cappelletti⁶⁷, nos países em que vigora o *controle difuso* ou análogo, como no Canadá, no Japão, na Noruega, na Dinamarca, na Suécia e também na Suíça (com limites),

“as questões de constitucionalidade das leis somente podem ser argüidas *incidenter*, ou seja, no curso e por ocasião de um ‘*case or controversy*’ – um concreto processo comum (civil, penal ou de outra natureza) e na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto. O órgão judiciário competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis será, em geral, o mesmo órgão judiciário competente para decidir o caso concreto apresentado para apreciação e em cujo seio a questão de constitucionalidade tenha nascido”.

Segundo Mauro Cappelletti⁶⁸,

“no sistema americano, que, sem dúvida é o mais típico entre os sistemas nos quais o controle de constitucionalidade se realiza em via incidental, a questão de constitucionalidade pode ser incidentalmente argüida no curso de *qualquer* tipo de proce-

dimento judiciário: ‘*regardless of the nature of the proceeding*’. Tal procedimento não é observado no *controle concentrado* ou *sistema austríaco*, onde, aliás, ocorre o contrário. A Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 criou uma especial Corte Constitucional na qual ‘concentrou’ a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um *pedido especial*, isto é, do *exercício de uma ação especial* por parte de alguns órgãos políticos”.

Na Áustria, o controle de legitimidade das leis ocorria de forma “inteiramente desvinculada dos casos concretos”; ocorria apenas “via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional”⁶⁹.

Assim, na formulação originária do sistema austríaco, “não só os juizes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof* quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a Constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (...), mas os juizes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Com efeito, a questão da constitucionalidade das leis podia ser argüida perante a Corte Constitucional austríaca somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos, que estavam indicados na Constituição”⁷⁰.

Tal situação se modificou com a revisão da Constituição em 1929, de forma parcial: acrescentou à legitimação dos órgãos políticos também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários: o *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para as causas civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte

Suprema para as causas administrativas), que “não podem argüir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade ‘em via principal’, isto é, ‘em via de ação’, mas, antes, só ‘em via incidental’ ou ‘de exceção’, quer dizer, apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante”, dando, assim, início ao caráter híbrido do sistema austríaco⁷¹.

Na Itália (sistema previsto na Constituição de 1948 e posto em prática a partir de 1956) e na Alemanha (sistema introduzido com a Lei Fundamental de Bonn – 1949), como também na Áustria, há proibição aos juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuarem um controle de constitucionalidade das leis. Os juízes, nesses ordenamentos jurídicos, “são *incompetentes* para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países”.

Ao contrário da Áustria, tanto na Itália como na Alemanha,

“todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória, ficando, assim, suspenso o julgamento do caso concreto, até que a Corte Constitucional decida a questão prejudicial de constitucionalidade”⁷².

A Itália e a Alemanha também conferem legitimação a outros órgãos não judiciários “que podem *agir diretamente*, ‘em via principal’, portanto, ou seja, ‘em via de ação’, e não apenas em via meramente ‘incidental’ ou ‘de exceção’, perante as Cortes Constitucionais”⁷³. Aqui opera-se o controle em

abstrato, ao contrário do sistema americano, que só admite controle “*of a concrete case or controversy*”. As Cortes norte-americanas não decidem questões abstratas⁷⁴.

Após tais considerações, passemos à análise dos efeitos produzidos pelos pronunciamentos, mediante o controle jurisdicional – difuso e o concentrado.

No sistema americano, “segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada *absolutamente nula* (*null and void*) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional”. Efeito declarativo⁷⁵.

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa (aufhebt)* uma lei que, enquanto não ocorrer a publicação do pronunciamento, é válida e eficaz, ainda que inconstitucional. Efeito constitutivo⁷⁶.

No sistema americano ou difuso, a eficácia meramente declarativa opera, em princípio, *ex tunc*, isto é, retroativamente. No sistema austríaco ou concentrado, a eficácia constitutiva negativa, ou seja, de anulação do ato normativo evitado de inconstitucionalidade, opera *ex nunc*, ou seja, para o futuro⁷⁷.

Conforme o Professor Almiro do Couto e Silva⁷⁸,

“nos sistemas concentrados, a lei, mesmo em dissintonia com a Constituição, enquanto essa desarmonia não é proclamada pelo tribunal competente, existe e produz efeitos. A sentença somente impede que se formem efeitos futuros, deixando porém inapagados, pelo menos em princípio, os gerados no passado”.

Almiro do Couto e Silva⁷⁹, citando Cappelletti, reitera posição muitas vezes defendida: a proteção de determinadas situações em que a “noção de justiça material sairia seriamente arranhada se o princípio da eficácia *ex tunc* fosse sempre aplicado de maneira invariável, sem atentar para as

peculiaridades e as circunstâncias de cada caso”, pois, conforme expressão da Suprema Corte americana, também citada pelo Professor Almiro do Couto e Silva⁸⁰, “nem sempre o passado pode ser apagado por uma nova declaração judicial”. Trata-se, na verdade, de sustentação do princípio da segurança jurídica.

Cappelletti⁸¹ assinala que,

“em matéria penal, as Cortes americanas têm sempre considerado – e agora a lei alemã e a italiana expressamente dispõem – que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deva ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos ‘efeitos considerados’ (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas. Ainda quanto aos efeitos dos pronunciamentos convém destacar a classificação oferecida por Canotilho⁸²: efeitos gerais e efeitos particulares; efeitos retroactivos e efeitos prospectivos; efeitos declarativos e efeitos constitutivos⁸³.”

Os efeitos gerais correspondem ao efeito *erga omnes*, próprio do controle concentrado. O Tribunal Constitucional ou o órgão judicial competente afirma-se como “defensor da Constituição”, “legislando” negativamente. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, é o ato normativo eliminado do ordenamento jurídico.

Os efeitos particulares correspondem ao efeito *inter partes*, próprio do controle difuso, da clássica *judicial review*. Os juízes exercem

o seu poder-dever-direito de examinar as leis que incidem sobre os casos concretos, controlando a sua validade, a sua conformidade com a Constituição. Constatada a inconstitucionalidade, é o ato normativo desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.

A segunda classificação apresentada por Canotilho⁸⁴ refere-se à distinção entre a decisão de anulação, que atribui eficácia *ex nunc*, em que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade, e a decisão que pronuncia sobre a nulidade do ato, atribuindo eficácia *ex tunc*, “com efeitos retroativos, próprios da nulidade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante abrange todos os atos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade”⁸⁵.

Quanto à terceira classificação – efeitos declarativos e efeitos constitutivos – ocorrem os primeiros quando “a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo”. Sendo nulo o ato (*null and void*), o juiz ou o órgão competente reconhece declarativamente a sua nulidade. “É o regime típico do controlo difuso”⁸⁶. Quanto aos segundos – efeitos constitutivos –, verificam-se quando o órgão que decide sobre a inconstitucionalidade anula um ato normativo considerado até então como válido e eficaz. “É o regime geral do controlo concentrado”.

3.4 Os efeitos no sistema americano

Aqui há de se destacar a *judicial review*, pela distinção que apresenta, inclusive em relação ao controle difuso que nela encontra suas bases mas que, praticado em países de *civil law*, adquire conotações próprias.

A particularidade da *judicial review* prende-se ao *stare decisis*, característica do sistema de *common Law*. As decisões proferidas pelos juízes, como precedentes que vinculam as decisões posteriores, geram efeitos que ultrapassam a eficácia *inter partes*. A

regra fundamental do sistema americano e dos sistemas que o imitaram é a de que “o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto”.

Não havendo, no sistema norte-americano, controle concentrado para decidir de forma abstrata sobre a constitucionalidade das leis, também não há o efeito de eficácia *erga omnes*, o qual, todavia, pode ser alcançado por meio do princípio do *stare decisis*, especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*⁸⁷.

3.5. Os efeitos em alguns ordenamentos jurídicos europeus

Neste item nos deteremos no Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus⁸⁸, que nos fornece uma visão panorâmica e ao mesmo tempo específica do que ocorreu, na prática, em vários Tribunais Constitucionais da Europa, no final da década de 80.

Os tipos mais simples de decisões sobre constitucionalidade das leis “reduzem-se a uma decisão pura e simples de *inconstitucionalidade* (decisões de ‘acolhimento’ na terminologia italiana) ou a uma decisão de sentido e alcance oposto (decisões de ‘rejeição’ na mesma terminologia)”. Apesar de ser uma emissão de juízo simples, sem reservas ou condições, apresenta-se com conteúdo diferente nos diversos ordenamentos e situações.

No ordenamento jurídico francês, como vimos, o controle preventivo afasta a promulgação da norma considerada não conforme com a Constituição.

Nos ordenamentos que adotam o controle sucessivo, a declaração ou pronúncia de inconstitucionalidade determina a eliminação da norma do ordenamento jurídico; verifica-se esse efeito tanto no controle concreto ou incidental (questão de constitucionalidade) como no controle abstrato ou principal.

Constitui exceção o sistema de controle adotado em Portugal devido às particularidades que apresenta em sua configuração. Nas hipóteses de controle concreto, o Tribunal Constitucional português é chamado,

em via de “recurso”, a “rever” de forma limitada a questão da constitucionalidade numa decisão judicial prévia de aplicação ou não aplicação de uma norma. Ou ele confirma a decisão (decisão de “não provimento” do recurso) ou ele a revoga (decisão de “provimento” do recurso), acrescentando à decisão do recurso o julgamento sobre a inconstitucionalidade da norma.

Na Alemanha, na Turquia e na Espanha, o efeito *cassatório* da norma liga-se ao da declaração de *nulidade da norma* e, na Espanha, acrescenta-se ainda o da “derrogação” diante de normas pré-constitucionais. Em outros países, liga-se, em princípio, um efeito de “revogação” – é o caso da Áustria, onde, todavia, estando em causa tratados internacionais ou normas revogadas, pronuncia-se apenas uma “declaração de inconstitucionalidade”; noutros, ainda, um efeito, por vezes qualificado de intermediário, de “anulação” (Itália, Bélgica); em Portugal, a Constituição e a lei referem-se apenas à “declaração de inconstitucionalidade”.

Conforme o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, as decisões de sentido oposto ao da inconstitucionalidade assumem frequentemente um caráter puramente negativo (Suíça), traduzindo-se, ou numa “*não declaração de inconstitucionalidade*” (é a fórmula portuguesa, no controle abstrato sucessivo); ou então na “negação de provimento” (rejeição) da ação, do recurso ou da questão de constitucionalidade (Suíça, Espanha, Bélgica, Irlanda, Áustria). Em qualquer das duas vertentes, o que os Tribunais não pronunciam é uma declaração “positiva” da “constitucionalidade” da lei ou da norma questionada; pois só de maneira indireta o correspondente juízo poderá resultar da decisão (a exemplo do que ocorria na ex-Iugoslávia).

Nos controles preventivos praticados na Irlanda e na França, a declaração positiva de conformidade constitucional ou de não inconstitucionalidade são objetos de pronunciamiento, ao contrário do controle preventivo praticado em Portugal. Também há

pronunciamentos cujo conteúdo é a declaração positiva de conformidade constitucional ou de não inconstitucionalidade, como ocorre na Alemanha, na Polônia e na Turquia, no âmbito do controle sucessivo.

Ainda quanto ao conteúdo das decisões, o Relatório citado assinala os tipos intermediários que se situam “substancialmente” ou mesmo “formalmente” entre os dois extremos que compõem os tipos simples de decisões.

Utilizando-se de “técnicas de decisão”, os tribunais evitam retirar do legislador a autoridade. A primeira dessas técnicas é a da “*interpretação em conformidade com a Constituição*”; outro tipo é o da *declaração de uma inconstitucionalidade parcial*; outros tipos são as *decisões apelativas* e as de “*mero reconhecimento da inconstitucionalidade*”.

A primeira técnica consiste em “reinterpretar a norma, recusando-lhe o sentido ou sentidos que conduziram à sua inconstitucionalidade e, eventualmente, fixando-lhe um outro compatível com a Constituição”. Muito aceita essa técnica, entendida como “interpretação sistemático-teleológica do direito” (Áustria) ou como “interpretação neutralizante”, como ocorre na França. Essa técnica tem sido utilizada inclusive em países em que o controle da constitucionalidade é vedado, funcionando como “compensação” pela ausência do controle. É o que ocorre na Suíça quanto às leis federais e na Finlândia.

A técnica de “interpretação conforme” conduz a decisões em que não se julga inconstitucional a norma questionada: são as decisões interpretativas de rejeição, produzidas na Itália. Em geral são decisões em que o sentido e o alcance são apurados por meio dos respectivos fundamentos, e por envio para estes, do teor da decisão ou dispositivo da sentença, ou diretamente por meio do dispositivo; é o que ocorre no controle preventivo francês e no Tribunal Constitucional espanhol.

Da utilização dessa técnica surgem problemas quanto à amplitude e quanto aos limites dos poderes dos Tribunais Consti-

tucionais, em face do legislador e em face dos tribunais em geral.

A interpretação conforme à Constituição tem os seus limites “na letra e na clara vontade do legislador” (Alemanha), devendo “respeitar a economia da lei” (Bélgica) e “não podendo traduzir-se na ‘reconstrução’ de uma norma que não esteja devidamente explícita num texto” (Espanha). Dentro dessa orientação comum, é possível assinalar diferentes modos na aplicação do método, ou da técnica. Na Suíça há especial empenho do Tribunal Federal na procura de uma interpretação conforme, enquanto na Irlanda e na Áustria há “*presunção* de interpretação conforme no caso de leis post-constitucionais e *presunção* inversa no caso de leis pré-constitucionais”.

Outro problema deriva do fato de a interpretação conforme não ser monopólio dos Tribunais Constitucionais (Áustria) e de a interpretação da lei competir primariamente aos tribunais comuns. “Daí que se pergunte se aos Tribunais Constitucionais é lícito, não apenas afastarem as interpretações desconformes com a Constituição, mas imporem a sua própria interpretação da lei”. No primeiro sentido, Áustria e Alemanha; já na Itália, ocorreram dois tipos de interpretação conforme: uma, segundo o “direito vivente”, isto é, de acordo com a orientação interpretativa fixada pelos tribunais em geral, e em especial pela Cassação, e outra em que o Tribunal Constitucional define a sua própria interpretação. Na França, se a “constitucionalidade” do texto tiver sido baseada numa interpretação neutralizante, adquire esta um caráter obrigatório. Em Portugal, a própria lei do Tribunal Constitucional dispõe que a “interpretação conforme” feita pelo Tribunal é obrigatória para os demais tribunais que intervenham no processo em causa.

O segundo tipo de decisões intermediárias é o da declaração de uma inconstitucionalidade parcial. São decisões em que se julga inconstitucional apenas uma parte do preceito questionado no pedido ou na

“questão prejudicial”. O pronunciamento pode alcançar uma parte correspondente a uma das “disposições” do preceito, ou mesmo só um período ou frase do respectivo texto (inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa); ou pode alcançar uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que dele se extrai), o que poderá chamar-se inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal ou vertical. Correspondem ao contrário do tipo anterior – *interpretação conforme à Constituição*. Apesar de guiada pela idêntica preocupação em não “desautorizar o legislador”, busca a *inconstitucionalidade parcial* julgar inconstitucional o preceito “enquanto” ou “na medida em que” ou “na parte em que” incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa. Recebidas na doutrina italiana como *decisões interpretativas de acolhimento*, quando a inconstitucionalidade parcial é definida por reenvio do dispositivo decisório para os respectivos fundamentos, ou de *acolhimento parcial*, quando a correspondente declaração constar do próprio dispositivo.

O terceiro e o quarto tipos intermediários de decisão – o das *decisões apelativas* e o das *decisões de mero reconhecimento da inconstitucionalidade* desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional alemão – não são tão utilizados quanto os dois primeiros – *interpretação em conformidade com a Constituição* e *inconstitucionalidade parcial*.

Nas decisões apelativas, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que uma lei ou situação jurídica ainda não é inconstitucional, mas liga a essa declaração um apelo ao legislador para modificar essa situação, eventualmente fixando-lhe um prazo para o efeito.

Também é possível falar em *decisões apelativas* quando o Tribunal, sob a forma de uma decisão de inconstitucionalidade, enuncia também uma série de princípios que uma nova lei com o mesmo objeto deve conter para se conformar com a Constituição, quando não emite ele mesmo uma normação provisória para substituir a declarada

inconstitucional – é o caso de Portugal. Na Espanha, tais decisões são denominadas *constitutivas*.

Nas *decisões de mero reconhecimento da inconstitucionalidade*, o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma, mas não liga a essa declaração a da correspondente nulidade. “O sentido comum dessas decisões é o de que o Tribunal Constitucional considera ‘que a situação atual não pode permanecer’, mas deixa ao legislador a ‘decisão’ política sobre o modo como deve configurar-se a regulamentação futura”.

Quanto à vinculabilidade das decisões, prevalece a distinção entre a extensão da eficácia: *erga omnes* e *inter partes* ou limitada ao caso. Assim, a generalidade das decisões proferidas em controle difuso produzem eficácia limitada ao caso; fazem exceção as decisões em que os tribunais irlandeses (*maxime*, a *Supreme Court* e a *High Court*) emitem uma declaração de inconstitucionalidade. A mesma eficácia limitada produzem, ainda, certas decisões dos Tribunais Constitucionais a que corresponde, no fundo, um simples controle incidental da constitucionalidade – por exemplo, em processos de “queixa constitucional”.

Quanto às decisões diretas sobre a constitucionalidade de normas jurídicas, proferidas em controle concentrado, é necessário fazer uma distinção: se elas são no sentido da inconstitucionalidade ou no sentido contrário e se elas incorporam ou não uma correspondente declaração.

As primeiras produzem eficácia *erga omnes*, pois em princípio incorporam uma “declaração” formal da inconstitucionalidade. Não acontece assim, porém, nas decisões proferidas em controle concreto pelo Tribunal Constitucional português e pelo Tribunal de Arbitragem belga, as quais têm eficácia limitada ao caso, fazendo coisa julgada no processo quanto àquela questão, vinculando não só o tribunal recorrido ou proponente, como todos os que venham a intervir no processo.

As decisões em sentido inverso ao da inconstitucionalidade limitam-se a julgar

improcedente o pedido ou a questão da inconstitucionalidade, evitando uma declaração formal de constitucionalidade ou de não inconstitucionalidade, não gerando, por isso, uma eficácia obrigatória geral. Tratando-se de decisões proferidas em controle concreto, terão eficácia limitada ao caso; sendo proferidas em controle abstrato, dir-se-á que *não produzem um efeito preclusivo*.

Caso os Tribunais emitam uma declaração de constitucionalidade ou de “conformidade constitucional” da norma sujeita ao controle, essa declaração tem eficácia idêntica à da declaração de inconstitucionalidade – Alemanha e Polônia. Na Áustria, as decisões em causa têm eficácia geral no tocante às questões de constitucionalidade apreciadas, produzindo uma correspondente força de coisa julgada nos respectivos fundamentos; na Espanha, a lei prevê que as declarações de negação de provimento produzam um “efeito preclusivo” em relação à apreciação do mesmo problema de constitucionalidade, não estando, todavia, fixado em jurisprudência o alcance dessa disposição – quais as situações em que se deve aplicá-las; na Bélgica, as decisões de rejeição de um recurso de constitucionalidade – em controle abstrato – são obrigatórias para os tribunais quanto à questão decidida.

Em relação à coisa julgada, o Relatório afirma que “o único ponto que se pode ter como firme é o de que as decisões em causa adquirem, em geral, força de caso julgado *formal*, ou uma eficácia equivalente. Isto é, são decisões finais, não passíveis de recurso e que precludem a possibilidade de a questão por elas resolvida vir a ser reposta, de qualquer forma, no mesmo processo”.

Verifica-se uma exceção no ordenamento da Polônia, que admite a possibilidade de revisão no tocante a decisões declaratórias da inconstitucionalidade de normas infra-legais. Também se verifica exceção no ordenamento português, em face da possibilidade de o Parlamento português “confirmar”, por maioria qualificada, normas por ele aprovadas, julgadas inconstitucio-

nais em controle preventivo, ficando reservada, no entanto, ao Presidente da República a faculdade de promulgar ou não o respectivo diploma legal ou de ratificar ou não o tratado internacional, se for o caso.

Em relação à coisa julgada material, há acentuadas divergências nos ordenamentos europeus. Na Áustria e na Bélgica reconduzem-se a essa noção (caso julgado com eficácia geral ou caso julgado absoluto) os efeitos *erga omnes* das decisões; em França, também às decisões do *Conseil Constitutionnel* se reconhece uma autoridade comparável à do caso julgado; na Alemanha, distingue-se a eficácia *erga omnes* do efeito de caso julgado (limitado ao dispositivo da decisão); na Suíça, o efeito de caso julgado material é recusado mesmo às decisões proferidas em controle abstrato, e com eficácia *erga omnes*.

Em alguns ordenamentos, a eficácia *erga omnes* das decisões é qualificada como força de lei. Assim na Alemanha, conforme disposição expressa da Lei do Tribunal Constitucional, e na Itália.

Também alguns ordenamentos dispõem expressamente que as decisões do respectivo Tribunal Constitucional ou órgão equivalente são obrigatórias para todos os poderes públicos e autoridades ou entidades públicas (e privadas), ou para os restantes órgãos constitucionais do Estado e para todos os tribunais e autoridades administrativas. É o que acontece na Alemanha, Espanha, Portugal, França e Turquia. A força obrigatória geral de todas as decisões tem um alcance muito mais amplo do que o específico efeito ou eficácia – *erga omnes, caso julgado, efeito preclusivo* – que deva ser reconhecido a cada espécie ou categoria em particular.

Outro aspecto a ser salientado no controle de constitucionalidade das leis e que se refere à eficácia obrigatória geral das decisões dos Tribunais Constitucionais é o da vinculação do legislador às decisões declaratórias da inconstitucionalidade.

Na Áustria, essa vinculação do legislador às decisões do Tribunal Constitucional é negada. Na Alemanha, a vinculação do

legislador corresponde a um dos aspectos da “força obrigatória geral” das decisões. Na Itália, a pura e simples reprodução, sem mais, de uma norma declarada inconstitucional violará, desde logo, o princípio constitucional da eficácia cassatória das decisões de acolhimento. Na Turquia, as decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para os órgãos legislativos e servem de orientação para o Parlamento. Quanto à vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas próprias decisões, a única vinculação que pode ocorrer é a decorrente do caso julgado. As decisões não representam um precedente obrigatório para esses órgãos, que admitem a possibilidade de “revisão” da doutrina firmada em decisões anteriores, diante de alterações circunstanciais, de modificação do próprio direito ordinário, de uma evolução da consciência ético-jurídica ou ainda de uma simples reconsideração argumentativa.

Vale acrescentar que, não obstante esses fatores que podem levar a uma revisão, são os precedentes considerados fatores de grande importância no desenvolvimento da jurisprudência constitucional, numa preocupação de manter uma coerência decisória.

Quanto à eficácia temporal das decisões, cumpre assinalar que a questão fundamental é a de saber se a declaração de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc* ou mera eficácia *ex nunc*. No primeiro caso, a decisão de inconstitucionalidade opera um efeito de invalidação da norma; no segundo, um efeito puramente revogatório.

Na Áustria, Suíça, Turquia e Polônia, reconhece-se às decisões de inconstitucionalidade uma eficácia, em princípio, simplesmente *ex nunc* ou revogatória. Na Alemanha e em Portugal, reconhece-se-lhes eficácia *ex tunc* ou de invalidação, eficácia essa expressamente prevista na Constituição e na lei. Na Itália, o efeito é de *revogação* e na Espanha, embora o ordenamento jurídico determine de forma expressa que as decisões de inconstitucionalidade comportam a “declaração de nulidade” dos preceitos, subsistem

interrogações quanto à caracterização do efeito de tais decisões.

Alguns ordenamentos – Áustria, Liechtenstein, Bélgica e Portugal – “conferem expressamente aos respectivos Tribunais Constitucionais a faculdade de delimitarem, em certos termos, a eficácia temporal de suas decisões de inconstitucionalidade”.

4. Conclusão

A partir da análise dos vários sistemas de controle da constitucionalidade das leis, verifica-se que assiste razão a Loewenstein quando afirma ser o controle da constitucionalidade “um controle essencialmente político”⁸⁹.

Também nesse sentido Mauro Cappelletti⁹⁰, ao afirmar “que o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado”.

Na verdade, no delicado campo do controle da constitucionalidade há sempre o envolvimento político nas questões. Podem surgir situações em que juridicamente seja a norma a ser aplicada não conforme à constituição mas conforme ao interesse público de excepcional relevância⁹¹. Apesar da discussão em torno do que seja “interesse público” é assente o princípio da supremacia do interesse público e a sua observância, quando a necessidade se impõe.

O caráter político do controle da constitucionalidade das leis toma vulto diante do conteúdo das Constituições modernas, “que não se limitam”, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da

atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei⁹², sobretudo em uma *polêmica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro*”.

Bibliografia

- ARDANT, Philippe. *Décisions du Conseil Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Obras Seletas de Rui Barbosa, vol. XI. Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1962.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a Constitucionalidade de Normas Jurídicas. Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais. *Boletim do Ministério da Justiça* nº 127/28. Lisboa, 1986.
- SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, Out/Dez. 1987. Ano XX. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1987.
- ENTERRIA, Garcia de. Controle de Constitucionalidade na Europa. In: *Revista de Direito Público*, n. 84. Out/Dez. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. de 1990. pp. 27-44.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O Controle de Constitucionalidade das Leis (Direito Comparado)*. Conferência proferida no Foro da Justiça Federal. Belo Horizonte, 07-04-1994 (texto datilografado - inédito).
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Pensamento Político nº 62. [Trad. de Heitor Almeida Herrera]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [Trad. de João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23/05/49. Wiesbaden, 1983.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. [Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte]. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. In: *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 03. abr/jun. 1993. pp. 182-205.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. [Trad. de Cristina Murchco]. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- PACTEAU, Bernard. La Jurisdiction Constitutionnelle en France. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. Spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. pp. 101-117.
- RIALS, Stéphane. *Textes Constitutionnels Français*. 7ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- ROBERT, Jacques. Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en France. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. pp. 171-184.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Controle de Constitucionalidade no Brasil e Portugal. In: *Revista de Direito Público*, n. 28, pp. 18-36.

Notas

¹José J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5. ed. Almedina. Coimbra, 1991, p. 974.

²Mauro Cappelletti. Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis. [Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves]. 2. ed. Fabris. Porto Alegre, 1992. pp. 49 e ss. apresenta os precedentes históricos do Constitucionalismo, destacando a antiga civilização ateniense. Neste estudo será considerado apenas o Constitucionalismo Moderno, iniciado com a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

³Anna Cândida da Cunha Ferraz. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. In: *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 34. Dez. de 1990. p. 28. A autora aponta como uma das causas da expansão do controle da

constitucionalidade a redescoberta da noção de “Constituição” após a Segunda Guerra Mundial, “como forma de reação às experiências trágicas dos governos tirânicos e absurdos do antes-guerra”; e como decorrência, “a necessidade de protegê-la e resguardá-la [a Constituição] principalmente contra a ação dos poderes políticos” (op. cit., p. 28). O interesse pelo tema, no entanto, não é novo. Entre nós, Rui Barbosa, em 1893, tornava viva, as lições aprendidas do Constitucionalismo americano. Cfr. Rui Barbosa, Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, In: *Trabalhos Jurídicos*, Obras Seletas de Rui Barbosa, vol. XI. Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1962.

⁴Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. Saraiva. São Paulo, 1990, p. 30.

⁵*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1992. p. 48.

⁶J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Fundamentos da Constituição. Coimbra Editora. Coimbra, 1991. p. 236.

⁷Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. Saraiva, São Paulo, 1990. pp. 3 e 4.

⁸Citado por Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 4. Para uma análise do pensamento de Konrad Hesse, como contraponto ao pensamento de Lassalle, ver artigo da autora, publicado na *Revista de Informação Legislativa* n. 139, pp. 71-81: A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse.

⁹Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. [Trad. de João Baptista Machado]. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 1991.

¹⁰Op. cit., p. 242. Segundo Hans Kelsen (op. cit., p. 241): “Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento, designado como “Constituição” que – como Constituição escrita – não só tem normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas da mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das mesmas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica do Estado”.

¹¹*Direito Constitucional*, cit., p. 972 - 973.

¹²*Teoría de La Constitución*. [Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte]. Editorial Ariel. Barcelona. 1976. p. 309.

¹³Citado por Karl Loewenstein. Op. cit., p. 309. Montesquieu, *O Espírito das Leis*. [Trad. de Cristina Murachco]. Martins Fontes. São Paulo, 1993, afirmou: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juizes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (p. 173).

¹⁴Citado por Karl Loewenstein, op. cit., p. 309. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. *O Federalista*. [Trad. de Heitor Almeida Herrera]. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1984, p. 576.

¹⁵*O Federalista*, cit., p. 578.

¹⁶*O Federalista*, cit., p. 578.

¹⁷Karl Loewenstein, op. cit., p. 310 e 311.

¹⁸Karl Loewenstein, op. cit., p. 312.

Segundo Loewenstein (op. cit., p. 314): “Dentro do contexto dos controles entre os órgãos do poder, o controle judicial aparece como uma anomalia. O controle judicial da constitucionalidade das leis emitidas conjuntamente pelos detentores do poder estabelecidos é incompatível, estruturalmente, com o princípio da distribuição de funções entre diferentes detentores do poder”.

¹⁹Karl Loewenstein, op. cit., p. 312.

²⁰Karl Loewenstein, op. cit., p. 313, assinala que a “Suprema Corte, no exercício de seu controle político, tem se imposto certas restrições que, consideradas em sua totalidade, tendem a atenuar o que de outra maneira conduziria à absoluta supremacia judicial: a intervenção dos tribunais se limita àqueles casos e litígios autênticos, à diferença dos ditames jurídicos e sentenças antecipadas *in abstracto* (controle abstrato das normas). Também rege o princípio de que a vontade do Congresso deve ser respeitada sempre e quando não viole claramente a Constituição, tal como é interpretada pela Suprema Corte. Finalmente, os tribunais – e isto é extremamente importante desde o ponto de vista dos controles entre os órgãos do poder – recusam tratar as chamadas “questões políticas” (*political questions*), e justamente nestas há freqüentemente a decisão fundamental no processo político”.

²¹J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., p. 979. Mauro Cappelletti, em *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, cit., pp. 56 e 57, sustenta a origem jusnaturalista do sistema norte-americano de controle judicial da constitucionalidade das leis.

²²J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

²³J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 981-982.

²⁴Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 31. J.J.Gomes Canotilho, Op. Cit., p. 983.

²⁵Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Relator: José Manuel M. Cardoso da Costa. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Procuradoria Geral da República. Boletim do Ministério da Justiça n° 27/28 – Lisboa, 1986, pp. 43 e 44.

²⁶Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 31.

²⁷Mauro Cappelletti, op. cit., p. 27.

²⁸Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 96 a 98.

²⁹Bernard Pacteau. La Juridiction constitutionnelle en France. In: Revue Internationale de Droit Comparé. n. spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. p. 101.

³⁰Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

³¹Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

³²Citado por Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

³³Bernard Pacteau, op. cit., p. 104.

³⁴Bernard Pacteau, op. cit., p. 104.

³⁵J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 978 – 979.

³⁶J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 979.

³⁷Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 30 e 31. A ex-URSS também adotava o controle político, que era exercido pelo Presidium do Soviete Supremo, após provocação do Procurador Geral (artigos 121, n° 4 e 164, da antiga Constituição Soviética).

³⁸J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 979.

³⁹Mauro Cappelletti, op. cit., p. 68.

⁴⁰Mauro Cappelletti, op. cit., p. 71 e 72.

⁴¹J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

⁴²Op. cit., p. 75.

⁴³J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

⁴⁴J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

Conforme o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais, cit., p. 45: “No que diz respeito ao controle *concreto*, ou em via incidental, tem ele lugar, na generalidade dos sistemas jurídico-constitucionais com jurisdição constitucional institucionalizada, através do mecanismo da ‘questão prejudicial’ da constitucionalidade, que é reenviada pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional. Nalguns ordenamentos (Áustria, Polônia) esse reenvio ocorre qualquer que seja a natureza da norma cuja constitucionalidade (ou legalidade) é posta em causa; noutros, apenas ocorre quando a norma questionada seja de uma lei ou diploma com força legislativa ou equivalente (R. F. Alemanha, Itália, Espanha), o que permite dizer que a intervenção do Tribunal Constitucional, em tal caso, se justifica também pela ‘defesa da lei’. Neste último tipo de situação cabe à generalidade dos tribunais o controle concreto da constitucionalidade das restantes normas jurídicas, mormente das normas com valor *infra-legal*”.

⁴⁵Extrato da sentença proferida em 1803, pelo juiz John Marshall, citado por J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

⁴⁶J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 67: no sistema concentrado, “o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário”.

⁴⁷Mauro Cappelletti, op. cit., p. 73.

⁴⁸J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

⁴⁹J. J. Canotilho, op. cit., p. 980. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 84, também afirma que a base doutrinária dos dois sistemas – o difuso e o concentrado – é “radicalmente contraposta”.

⁵⁰Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 84 – 85.

⁵¹J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

⁵²J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

⁵³J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

⁵⁴Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 50.

⁵⁵Op. cit., p. 33.

⁵⁶Em Conferência proferida no Foro da Justiça Federal, em Belo Horizonte, MG, em 07.04.94 (texto datilografado). p. 8.

⁵⁷Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., p. 9.

⁵⁸Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., pp. 11a 15.

⁵⁹Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., pp. 15.

⁶⁰Adotamos de forma simplificada o título utilizado por Mauro Cappelletti no Capítulo V da sua obra *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, cit., por nos parecer o mais apropriado para abordar a temática dos efeitos.

⁶¹Bernard Pacteau, op. cit., pp. 112 a 115. Para uma análise crítica das atividades do *Conseil Constitutionnel*, Bernard Pacteau, op. cit., pp. 115 a 117, e Jacques Robert, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en France*. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. n° spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988, esp. pp. 179 a 184.

⁶²Bernard Pacteau, op. cit., pp. 112 e 113.

⁶³Bernard Pacteau, op. cit., pp. 114 e 115.

⁶⁴Bernard Pacteau, op. cit., p. 116.

⁶⁵José Manuel M. Cardoso Costa, Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cit., p. 53. O ordenamento irlandês apresenta um desvio à regra geral prevista para o primeiro dos modelos indicados: na hipótese de inconstitucionalidade, o procedimento mais usual é o de o tribunal emitir uma correspondente declaração formal, embora possam ocorrer casos em que o juízo sobre a inconstitucionalidade figure apenas nos fundamentos da decisão. (Relatório cit., pp. 53 e 54).

⁶⁶Mauro Cappelletti, op. cit., p. 102.

⁶⁷Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 102 e 103.

⁶⁸Mauro Cappelletti, op. cit., p. 104.

⁶⁹Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 104 e 105.

⁷⁰Mauro Cappelletti, op. cit., p. 105. Os órgãos políticos indicados pela Constituição da Áustria (1920) no originário Sistema: “o Governo Federal (*Bundesregierung*) tratando-se de pedir o controle

da legitimidade constitucional de leis dos *Länder* (*Landesgesetze*), pelos Governos dos *Länder* (*Landesregierungen*) tratando-se de controle de leis federais. Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados” (Mauro Cappelletti, op. cit. p. 105).

⁷¹Mauro Cappelletti, op. cit., p. 106.

⁷²Mauro Cappelletti, op. cit., p. 109.

⁷³Mauro Cappelletti, op. cit., p. 110. “Na Itália, a legitimação “em via de ação” pertence aos órgãos dos Governos das Regiões (Juntas Regionais), tratando-se de leis nacionais ou regionais que uma Região considere serem tais que invadam esfera de competência a ela reservada pela Constituição (Lei Constitucional nº 1, de 9 de fevereiro de 1948, art. 2º, parágrafos 1º e 2º), e pertence ao Governo Central no caso de inconstitucionalidade de Leis regionais (art. 127, último parágrafo, da Constituição italiana). Na Alemanha, a legitimação para dirigir-se “em via de ação” à Corte Constitucional Federal ou às Cortes Constitucionais dos *Länder*, para controle das leis, pertence a uma ainda mais vasta série de órgãos ou de pessoas: de modo particular, ao Governo Federal, aos Governos dos *Länder*, a um terço dos membros do *Bundestag* (art. 93 da Constituição de Bonn), e até às pessoas individualmente consideradas, se a lei implicar uma lesão imediata e atual de um seu “direito fundamental” (M. Cappelletti, op. cit., p. 110).

⁷⁴Mauro Cappelletti, op. cit., p. 112.

⁷⁵Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 115 a 117.

⁷⁶Mauro Cappelletti, op. cit., p. 116.

⁷⁷Mauro Cappelletti, op. cit., p. 118.

⁷⁸No artigo “Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo” publicado na *Revista de Direito Público*, n. 84 Out/Dez – 1987 – Ano XX – Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987. p. 58.

⁷⁹No artigo citado, p. 58.

⁸⁰Idem, idem, p. 58.

⁸¹Mauro Cappelletti, p. 124.

⁸²J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 984 a 986

⁸³J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 984.

Mauro Cappelletti, op. cit., p. 119, trata de maneira específica quanto a eficácia temporal das decisões.

⁸⁴J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 985.

⁸⁵J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 985.

⁸⁶J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 986.

⁸⁷Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 112 e 118.

⁸⁸Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, por José Manuel M. Cardoso da Costa, cit., esp. pp. 54 a 71.

⁸⁹Karl Loewenstein, op. cit., p. 309.

⁹⁰Op. cit., p. 114

⁹¹Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, op. cit., p. 21.

⁹²Citado por Mauro Cappelletti, op. cit., p. 89.