

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Felipe Derbli C. Baptista<sup>1</sup>

*Sumário: I. Introdução; II. Evolução do controle judicial de constitucionalidade das leis (1.ª parte): antecedentes. O controle por via difusa; III. Evolução do controle judicial de constitucionalidade das leis (2.ª parte): o controle concentrado; IV. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: breve histórico. V. A influência dos sistemas norte-americano e austríaco na experiência brasileira do controle de constitucionalidade das leis; VI. Bibliografia.*

## I. INTRODUÇÃO.

Desde o surgimento do constitucionalismo liberal, nos idos do século XVIII, bem como a partir da elaboração dos conceitos de supremacia da Constituição e de rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade das leis é um dos temas mais importantes – e decerto dos mais fascinantes – do Direito Constitucional. Fonte inesgotável de discussões e acalorados debates, o seu contínuo aprimoramento é desafio que jamais deixa a pauta de preocupações dos juristas.

Nestes últimos três séculos, o mundo ocidental experimentou, tanto na América como na Europa, a incessante evolução dos institutos relacionados com a fiscalização de constitucionalidade das leis. É possível destacar quatro vertentes básicas do seu desenvolvimento, quais sejam:

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Subsecretário Adjunto de Gestão de Pessoas da Secretaria de Estado de Administração e Reestruturação do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

1. a ausência completa de controle de constitucionalidade, como ocorre no Reino Unido, onde vige o princípio da supremacia do Parlamento, sendo os juízes e tribunais incompetentes para decidir questões de constitucionalidade;

2. o controle meramente político e apriorístico de constitucionalidade, tal como exercido pelo Conselho Constitucional francês, previamente à edição da lei, no qual o Judiciário também é incompetente para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos;

3. a jurisdição constitucional difusa, inspirada no modelo norte-americano, no qual todos os membros do Poder Judiciário são competentes para conhecer e decidir questões de constitucionalidade, facultando-se-lhes deixar de aplicar determinada lei ao caso concreto quando reputá-la contrária à Constituição;

4. a jurisdição constitucional por via concentrada, de matriz austríaca, na qual os juízes e tribunais são competentes para conhecer das questões de constitucionalidade, mas apenas o Tribunal Constitucional é competente para decidir acerca da conformidade das leis com a Constituição, seja através de uma ação direta, seja por exame incidental – isto é, apreciando a questão constitucional no que for relevante para a solução de um caso concreto devolvido ao seu conhecimento por via de recurso –, seja, ainda, por meio de pedido formulado para a verificação de lesão, por lei ou ato do Poder Público, a direito fundamental (o que ocorre, por exemplo, na Alemanha e na Espanha)<sup>2</sup>.

Entre um e outro padrão, existem sistemas mistos, que agregam características de modelos distintos de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos. É o caso, por exemplo, de Portugal e do Brasil, que adotam mecanismos tanto de controle concentrado como de controle difuso.

<sup>2</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp.42-43.

Interessa-nos, através do presente estudo, rever brevemente o histórico do controle judicial de constitucionalidade das leis<sup>3</sup>, de modo a analisar a influência dos diversos sistemas na disciplina brasileira da fiscalização de constitucionalidade. Nesse mister, cumpre-nos expor as linhas gerais das duas principais matrizes do controle jurisdicional de constitucionalidade – aquela criada nos Estados Unidos e aquela elaborada na Áustria –, abordando, também, as variações relevantes desta última fórmula em outros países da Europa continental (item II).

Posteriormente, incumbe-nos revisitar a evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, destacando a sua disciplina nas várias Constituições brasileiras (item III), para que, ao final, seja possível apontar os elementos que influenciaram a construção da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no país ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, sem a pretensão de proceder a uma análise exaustiva, que, de resto, está muito além das possibilidades deste ensaio e das limitações de seu autor.

## II. EVOLUÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (1.ª PARTE): ANTECEDENTES. O CONTROLE POR VIA DIFUSA.

O controle judicial de constitucionalidade das leis, segundo opinião geral, foi concebido pela experiência do constitucionalismo norte-americano, havendo, inclusive, quem se refira à *judicial review of legislation* como a grande contribuição da América à ciência política<sup>4</sup>. De fato, foi nos Estados Unidos da América que, pela primeira vez – ao menos no mundo ocidental – foi admitida ao Poder Judiciário a possibilidade de avaliar a conformidade dos atos legislativos com a Constituição, tendo sido marcada nesse sentido a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Ocorre, porém, que, em

<sup>3</sup> Não se nega a existência, em certa medida, de um controle político da constitucionalidade das leis no Brasil, geralmente prévio, como, *v.g.*, na apreciação dos projetos de lei e de emendas constitucionais pelas Comissões de Constituição e Justiça nas Casas Legislativas, no veto presidencial, sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação e conversão de medida provisória em lei (este um controle político *a posteriori*). Contudo, é uma modalidade de controle que tem sido exercida no Brasil com muita timidez – ineficiência, até. Por tal razão, a exposição do modelo francês de controle jurídico nos parece, aqui, de pouca valia. Sobre o assunto, remetemos o leitor a CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2.ª edição – reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, em especial pp. 94-100.

<sup>4</sup> GRANT, James A. C., *apud* CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, p. 46.

que pese à coragem e à engenhosa construção do *Chief Justice* Marshall na ocasião, não se tratou de um momento isolado, mas, em verdade, de resultado de toda uma longa evolução histórica, que se iniciou ainda no Velho Continente<sup>5</sup>.

Parece-nos correto, em que pese às opiniões em contrário<sup>6</sup>, associar a gênese da jurisdição constitucional ao advento das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, quando, de fato, surgiu o constitucionalismo liberal. Foi nesse período que a Constituição emergiu como exigência burguesa de limitação do poder político, a partir de então obrigado a observar os interesses da classe social que ascendia<sup>7</sup>. Cartas de direitos, já presentes no constitucionalismo inglês desde o século XIII, com a *Magna Charta Libertatum* (1215), foram o ponto de partida para que, reconhecendo-se a existência de direitos individuais a ser preservados do alcance do poder político – que, por isso, haveria de ser disciplinado em seu exercício –, fosse elaborada, em 1787, nos Estados Unidos da América, a primeira Constituição propriamente dita, seguida de tantas outras mundo afora.

Atribui-se a formulação da idéia da jurisdição constitucional ao padre Emmanuel Joseph Sieyès, para quem, de modo a que se resguardasse a superioridade das normas constitucionais, seria necessária a criação de um tribunal especial<sup>8</sup>. No entanto, tal proposta somente seria retomada séculos depois pelo gênio de Hans Kelsen. A inspiração do sistema de controle de constitucionalidade das leis instituído nos EUA foi mais antiga e paradoxal.

Eis a razão do paradoxo: foi no constitucionalismo inglês – no qual, desde a Revolução Gloriosa de 1688, prevalece a supremacia do Parlamento e não da Constituição –

que surgiu, na doutrina de Sir Edward Coke, o embrião para o controle judicial de constitucionalidade; mais ainda, foi exatamente a consagração dessa supremacia do Parlamento que garantiu o desenvolvimento, na América, da *judicial review*<sup>9</sup>.

Ainda no século XVII, era da tradição jurídica britânica que a lei advinha do direito consuetudinário e não era criada pelo soberano, sendo por ele tão-somente afirmada ou declarada. Tinha-se, pois, a prevalência do *common law* sobre o *statutory law* (a lei escrita), cabendo a este, no máximo, completar aquele, mas nunca contrariá-lo. Nessas circunstâncias floresceu o pensamento de Coke, que vislumbrava o juiz como árbitro entre o Rei e a nação, cumprindo-lhe preservar a primazia do direito consuetudinário sobre a autoridade do Parlamento. Em conhecida passagem do caso *Bonham* (1610), Coke pugnou pela possibilidade de os juízes deixarem de aplicar leis votadas pelo Parlamento que fossem contrárias ao *common law*<sup>10</sup>.

No solo inglês, a doutrina de Lord Coke perdeu força com a Revolução Gloriosa, que consagrou a supremacia do Parlamento, não sem antes plantar, do outro lado do Atlântico, as sementes para o controle judicial de constitucionalidade. Assim ocorreu porque muitas das Colônias inglesas estabelecidas na América foram, num primeiro momento, constituídas como companhias comerciais, regidas por “Cartas ou estatutos” da Coroa<sup>11</sup>. Em geral, tais “Cartas” permitiam às Colônias editar seus próprios atos normativos, desde que fossem razoáveis e não fossem contrárias às leis do Reino da Inglaterra<sup>12</sup>. Nesse contexto, os juízes das Colônias, não raro, negavam aplicação a leis locais incompatíveis com as “Cartas” outorgadas pela Coroa<sup>13</sup>; no mesmo sentido decidiu, noutras oportunidades, o Conselho Privado do Rei inglês, quando determinou a aplicação, pelos juízes das Colônias, das leis coloniais que não contrastassem com as leis do Reino<sup>14</sup>.

Entende-se, destarte, como a doutrina das supremacia do Parlamento inglês contribuiu para o surgimento da *judicial review* nos EUA: os juízes coloniais já exerciam o controle de adequação das leis locais às “Cartas” coloniais e, por conseguinte, aos atos

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., p. 63; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição*..., p. 46.

<sup>6</sup> Mauro Cappelletti (*O Controle Judicial*..., pp. 49-51) aponta como antecedente mais remoto do controle de constitucionalidade o direito da pólis ateniense, no qual havia a lei em sentido escrito – o *nómos* – e também figura normativa regulamentar, semelhante ao que hoje se chamaria de decreto – o *pséfisma*. Segundo o jurista italiano, os *nómoi* em muito se aproximariam das atuais leis constitucionais, por tratarem da organização da cidade-estado e exigir procedimento especial para a sua alteração (que, aliás, era considerada algo de extrema gravidade e, por isso, excluída do alcance da Assembléia Popular), ao passo que os *pséfismata* poderiam tratar de várias matérias, mas jamais poderiam ser contrários, na forma ou no conteúdo, às disposições dos *nómoi*, sob pena de invalidade, podendo até mesmo gerar responsabilidade penal para quem houvesse proposto o decreto. Assim, a relação *nómoi-pséfismata* teria sido o embrião do conceito de supremacia da Constituição, afirmando Cappelletti que já havia em Atenas, de certa maneira, sistema semelhante ao que ora se entende por controle de constitucionalidade.

<sup>7</sup> BINENBOJM, *A Nova Jurisdição*..., p. 16 e seguintes. O autor não descarta o fato de que, ainda no Medievo, já se concebia alguma noção de limitação de poder, presa, porém, à filosofia escolástica, da qual o pensamento político teria começado a se libertar com Maquiavel.

<sup>8</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16; BINENBOJM, *A Nova Jurisdição*..., p. 24.

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., pp. 57 e seguintes.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., p. 58.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., p. 60.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., p. 61.

<sup>13</sup> BINENBOJM, *A Nova Jurisdição*..., p. 26.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial* ..., loc. cit

emanados do Parlamento inglês. Com a independência das 13 Colônias, em 1776, substituíram-se as referidas “Cartas” pelas Constituições de cada Estado.

A partir de então, outros precedentes vieram, em especial nos Estados de New Jersey (1780) e Virginia (1782), nos quais os juízes se reconheciam competentes para apreciar a conformidade das leis locais com as Constituições dos Estados, declarando nulas as leis que lhes fossem contrárias; em 1787, invalidou-se lei contrária aos artigos da Confederação no Estado da Carolina do Norte<sup>15</sup>. Seria natural, portanto, que o mesmo se desse, posteriormente, com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Entretanto, a Constituição de 1787 não consagrava – ao menos, à primeira vista – a *judicial review*. A cláusula 2.ª do artigo VI daquela Carta (conhecida como *supremacy clause*) não foi além de proclamar a superioridade hierárquica da Constituição, das leis com ela compatíveis e dos tratados sobre as Constituições e leis dos Estados<sup>16</sup>. Sobre o Texto debruçou-se Alexander Hamilton, no *Federalista* n.º 78, para defender a idéia do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário<sup>17</sup>, mas foi mediante construção jurisprudencial (que, aparentemente, não levou em conta os escritos de Hamilton) que a teoria da *judicial review of legislation*, finalmente, foi consagrada em 1803, no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Dita decisão foi obra do então *Chief Justice* John Marshall, que, conquanto incorrendo no que hoje seria evidente hipótese, entre nós, de impedimento do magistrado<sup>18</sup>, expôs, com lógica irretorquível, três postulados básicos da doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis até hoje vigente nos EUA, a saber:

<sup>15</sup>POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 25.

<sup>16</sup>BINENBOJM, A *Nova Jurisdição...*, p. 27. No entanto, é certo admitir que, de alguma forma, a *supremacy clause* de Constituição norte-americana já prenunciava o controle judicial de constitucionalidade das leis (cf. POLETTI, *Controle...*, p. 29).

<sup>17</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

<sup>18</sup>Sobre as circunstâncias históricas em que foi julgado o caso *Marbury v. Madison*, v. BINENBOJM, pp. 29/35, e também BARROSO, Luís Roberto. “Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 233/234.

1. a Constituição, expressão da vontade popular soberana, institui e delimita os poderes do Estado, sendo, portanto, hierarquicamente superior às demais normas – logo, nenhuma lei ou ato de governo é válido se com ela incompatível<sup>19</sup>;

2. qualquer juiz ou tribunal é dotado de competência para deixar de aplicar determinada lei que, em princípio, seria pertinente ao caso concreto sob exame, quando a mesma foi contrária à Constituição, donde se extrai que, em sua primeira formulação, o controle judicial de constitucionalidade das leis se dava através de um sistema *difuso*;

3. a lei inconstitucional é considerada nula de pleno direito, ou seja, inválida *ab initio*, cumprindo ao Judiciário tão-somente *declarar* tal nulidade e, por conseguinte, a invalidade de todos os atos praticados sob a égide dessa lei – a decisão judicial que declarar a inconstitucionalidade de uma lei terá, portanto, efeitos *ex tunc*<sup>20</sup>.

Para além da questão da titularidade da competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e do efeito *ex tunc* das decisões, observa-se que no sistema norte-americano, como até hoje ocorre, o controle é realizado por via incidental, ou seja, a apreciação da eventual incompatibilidade de uma lei com a Constituição é questão prejudicial do julgamento de determinada lide concreta (pelo que também se chama tal modalidade de controle *concreto* de constitucionalidade). Não se declara a inconstitucionalidade da lei em tese, mas tão-somente para os estritos fins de julgar o caso levado ao conhecimento do órgão judiciário.

Por tal razão, uma lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* não seria, em princípio, expurgada do ordenamento jurídico, restando inaplicável somente entre as partes envolvidas na demanda levada ao Judiciário – obviamente, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei não formaria coisa julgada e geraria somente efeitos *inter partes*. Assim, não alcançaria a terceiros que não tivessem litígios em juízo envolvendo a lei inquinada de inconstitucional e seria possível que, em casos idênticos, juízes ou tribunais

<sup>19</sup>“O Congresso dos Estados Unidos deriva o poder de legislar da Constituição, que é a fonte de sua autoridade; logo, toda disposição do Congresso contrária às suas disposições, ou não contida na outorga de poderes por ela feita, é inconstitucional, e portanto não é lei, e não obriga ninguém.” (COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002, p. 42).

<sup>20</sup>BINENBOJM, A *Nova Jurisdição...*, pp. 34-35. É verdade que a Suprema Corte norte-americana, a partir de 1965, com o julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, mitigou seu entendimento acerca da retroatividade plena e absoluta de seus julgados, chegando a admitir, em alguns casos, a eficácia *pro futuro* de suas decisões. No entanto, a atual composição extremamente conservadora desse Tribunal, sob a presidência do *Chief Justice* William Rehnquist, recuperou a tese ortodoxa dos efeitos *ex tunc* das suas decisões em controle de constitucionalidade. Vide, a esse respeito, SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”. In SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 112/114.

diferentes decidissem em sentidos opostos acerca da inconstitucionalidade de uma lei, gerando evidente incerteza.

O que se poderia tornar um sério inconveniente ao sistema se resolve, com alguma tranqüilidade, mediante a aplicação do princípio do *stare decisis*, ou seja, através do precedente vinculante dos órgãos judiciários superiores, característico dos países de tradição jurídica anglo-saxônica<sup>21</sup>. Assim, como é de praxe nos países de *common law*, as divergências entre as diversas Cortes quanto à constitucionalidade de uma lei, mediante recursos e outras formas de impugnação das decisões, haverão de chegar aos órgãos judiciários superiores. No caso dos EUA, a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário, ficará encarregada de proferir a decisão última, vinculatória para todos os demais órgãos judiciários.

Tem-se, pois, que, ainda que indiretamente, uma decisão da Suprema Corte que, em princípio, teria efeitos apenas *inter partes* terá efeitos *erga omnes* – conseqüentemente, a lei que então venha a ser declarada inconstitucional, conquanto permaneça “*law in the books*”, torna-se letra morta<sup>22</sup>.

Pois bem. Como é sabido, o controle difuso de constitucionalidade, construído sobre premissas lógicas de indiscutível simplicidade, coerência e linearidade, foi adotado por diversos outros países nas Américas, na Ásia e na Europa continental, como Canadá, Brasil (a partir da Carta de 1891)<sup>23</sup>, Argentina, Japão, Portugal, Noruega, Alemanha (na Constituição de Weimar – 1919) e Itália (entre 1948 e 1956)<sup>24</sup>. Boa parte desses países, contudo, ligados ao *civil law*, experimentou o fracasso na importação do controle difuso, especialmente em decorrência de a tradição romano-germânica não comportar o princípio do *stare decisis*.

Dessa forma, a introdução do método norte-americano de controle de constitucionalidade nesses países sem um de seus principais mecanismos de estabilização

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 77 e 80.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, p. 81.

<sup>23</sup> Ao histórico da disciplina do controle de constitucionalidade no Brasil dedicaremos um capítulo posterior.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 76 e seguintes; BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, p. 35.

não teria como impedir que alguns juízes divergissem de outros acerca da inconstitucionalidade de uma lei. Outrossim, não evitariam possíveis e perigosos contrastes entre gerações de juízes, como, por exemplo, entre os juízes de primeiro grau – em geral, mais jovens e progressistas – e magistrados de instâncias superiores – normalmente mais conservadores<sup>25</sup>. Além disso, a mera produção de efeitos *inter partes* da decisão de inconstitucionalidade – sem o *stare decisis* que lhe emprestaria efeitos sobre todos – obrigaria a todos os interessados em promover idênticas ações, mas sem a garantia de igual solução, congestionando a atividade do Judiciário e gerando, ao final, descrédito popular em relação à qualidade da prestação jurisdicional e recorrentes conflitos sociais<sup>26</sup>. Não foi por outra razão que veio a ser desenvolvido e a ganhar prestígio, sobretudo na Europa continental, outro modelo de controle de constitucionalidade, de titularidade *concentrada*, no qual a fiscalização da adequação das leis aos comandos constitucionais é confiada a um único órgão, situado no topo ou mesmo fora da estrutura do Poder Judiciário, como se exporá, sumariamente, no próximo tópico.

Além do princípio do *stare decisis*, o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis norte-americano – que, pelo pioneirismo, é de ser (como, de fato, foi ao longo da História) considerado como um importantíssimo paradigma – também apóia a sua estabilidade na própria jurisprudência da Suprema Corte, que estabeleceu requisitos de observância obrigatória para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei.

Na verdade, a Suprema Corte criou várias restrições ao exercício da *judicial review*, seja com base no próprio texto da Constituição dos Estados Unidos (em particular no art. III), seja mediante construção doutrinária ou jurisprudencial ou mesmo em virtude de juízos discricionários de conveniência e oportunidade. Dentre tais restrições, merecem destaque nesta sede:

1. a exigência de que exista litígio num caso concreto, vedando-se o pronunciamento em tese (*no advisory opinion*);
2. a rigorosa observância de legitimação ativa para invocar a questão constitucional, verificando-se, nesse mister, a existência de dano efetivo e de nexos de causalidade;

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 77/78.

<sup>26</sup> BINENBOJM, p. 41.

3. quanto à oportunidade do julgamento, a tese da prejudicialidade (*mootness*), segundo a qual a Suprema Corte não se manifestará sobre a questão constitucional se circunstância superveniente, de fato ou de direito, tornar desnecessário tal pronunciamento;

4. ainda sobre a oportunidade, a maturidade (*ripeness*), pela qual a Suprema Corte não aprecia a questão constitucional por entender que a mesma ainda não se encontra suficientemente amadurecida, em face de ainda estarem os fatos a se desenrolar ou por ser a sua configuração jurídica passível de modificação por eventos futuros;

5. a exclusão da esfera das questões de jaez constitucional, pela jurisprudência da Suprema Corte, das questões políticas das oriundas de tribunais estaduais que, conquanto tenham ferido questão constitucional, tenham embasado suas decisões também em fundamentos adequados e autônomos de caráter ordinário<sup>27</sup>.

Cumprе salientar, aliás, que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu verdadeira autolimitação em termos de exercício da jurisdição constitucional, estabelecendo que, ainda que presentes os requisitos para a apreciação da questão constitucional, esta deverá ser evitada tanto quanto possível. Dessa forma, sempre que (i) não for indispensável enfrentar a questão constitucional, (ii) houver fundamentos alternativos para decidir o caso ou (iii) for razoavelmente possível interpretar uma lei evitando a questão de cunho constitucional, a *judicial review* não deverá ser exercida. Mesmo nos casos em que não for possível deixar de apreciar a questão constitucional, a Suprema Corte e os demais tribunais deverão fazê-lo dentro do estritamente necessário para o julgamento do caso, de acordo com o que exigirem os fatos que constituírem objeto do julgamento, e nada além disso<sup>28</sup>.

Não há negar que, de fato, o juízo de admissibilidade dos casos nos quais a Suprema Corte controla a constitucionalidade das leis fica, em grande parte, sujeito à discricionariedade desse Tribunal. Ilustrativa, nesse sentido, é a disciplina do *writ of certiorari*, uma das possibilidades de qualquer das partes do caso concreto, sucumbente ou não, de provocar a manifestação da Suprema Corte.

Segundo a *Rule n.º 10* do referido Tribunal, as partes podem requerer o *writ of certiorari* quando houver questão de direito federal importante, que não tiver sido, mas deva

<sup>27</sup> BARROSO, *Interpretação...*, pp. 173/174.

<sup>28</sup> BARROSO, *ob. e loc. cit.*

ser, objeto de decisão pela Suprema Corte, ou quando decisões de Cortes federais ou estaduais forem contrárias à relevantes decisões da Suprema Corte – é possível, aliás, requerer-se o *certiorari* mesmo antes do julgamento pelas instâncias ordinárias, quando grande importância pública e a necessidade de rápida decisão assim autorizarem<sup>29</sup>. O juízo acerca da importância ou relevância da matéria cabe à própria Suprema Corte e é inteiramente discricionário: o processamento da causa ocorrerá mediante juízo favorável de admissibilidade do *writ* de pelo menos 4 Juízes, quando, então, a questão de fundo será apreciada. A denegação do *certiorari* prescinde de fundamentação<sup>30</sup>.

André Ramos Tavares aponta que o *writ* em questão tem recebido críticas, por sobrecarregar o trabalho a ser desenvolvido pela Suprema Corte<sup>31</sup>. A nós, parece exatamente o contrário: a inexistência de tal instituto provavelmente congestionaria muito mais a atuação daquele Tribunal, a exemplo do que ocorre com o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, sem similar instrumento que o socorra, vê-se às voltas com o julgamento de dezenas de milhares de processos todos os anos, o que decerto prejudica a melhor prestação jurisdicional, apesar do enorme esforço dos seus Ministros. Não é sem motivo que hoje ganha corpo a discussão sobre a instituição de alguma modalidade de arguição de relevância da questão constitucional, para que os processos sejam admitidos na Corte Máxima do país.

A discricionariedade da admissibilidade do *writ of certiorari* evidencia que, nos EUA, vige o entendimento de que a atuação da Suprema Corte deve restringir-se aos casos excepcionais, de grande importância nacional. Em termos de controle de constitucionalidade, é de todo compreensível – se, por um lado, é certo que ao Judiciário cabe o controle da conformidade dos atos dos demais Poderes em face da Constituição, o que bem se amolda ao sistema de freios e contrapesos que caracteriza a idéia de separação de poderes do constitucionalismo norte-americano, não é menos correto assinalar que deve o Judiciário imbuir-se da *self-restraint* necessária à preservação da esfera de competência de

<sup>29</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 38/42.

<sup>30</sup> BARKER, Robert. "El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica". In BRAZAN, Victor (coord.). *Desafíos Del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

<sup>31</sup> TAVARES, *Tratado da Arguição...*, p. 43.

cada Poder e, sobretudo, da legitimidade dos órgãos administrativos e legislativos, compostos por membros eleitos pelo voto popular<sup>32</sup>.

Por outro lado, a própria compreensão do princípio da separação de poderes na Europa continental e as insuperáveis incompatibilidades do método norte-americano da *judicial review* com a tradição jurídica romano-germânica inspiraram a criação de um novo modelo de controle judicial de constitucionalidade das leis, sobre o qual, em brevíssima síntese, se passa a discorrer.

### III. EVOLUÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (2.ª PARTE): O CONTROLE CONCENTRADO.

Como acima relatado, a importação do sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade das leis pelos países de tradição romano-germânica, com a qual não se coaduna o princípio do *stare decisis*, revelou-se sobremodo traumática, gerando inconvenientes de ordem vária<sup>33</sup>. Com efeito, o desconhecimento, pelo *civil law*, do precedente jurisprudencial vinculante traria como conseqüência a inexistência de uma declaração judicial de inconstitucionalidade de determinada lei que tivesse efeitos *erga omnes*, resultando em grande insegurança jurídica. Sentiu-se, especialmente na Europa continental, a necessidade da formulação de um sistema novo, tarefa executada pioneiramente com a promulgação da Constituição austríaca de 1.º de outubro de 1920, elaborada a partir de projeto de Hans Kelsen.

Partiu o Mestre de Viena de postulados jurídicos distintos daqueles que fundamentam a *judicial review* norte-americana<sup>34</sup>, muito embora, como é cediço, fosse partidário da idéia de supremacia da Constituição. Decerto inspirado em concepção diversa do princípio da separação de poderes prevalente nos EUA – onde, mais do que a rígida divisão de poder, importava a mecânica dos *checks and balances*, a garantir o controle recíproco entre os órgãos –, entendia Kelsen que o reconhecimento da inconstitucionalidade

de uma lei não seria um ato tipicamente jurisdicional, que, em regra, envolve a solução de um caso concreto; ao revés, no dizer do eminente constitucionalista português Jorge Miranda,

“No pensamento de KELSEN, anular uma lei significa emanar uma norma geral, visto que a anulação tem a mesma característica de generalidade que possui a formação de lei, sendo por assim dizer uma formação de sinal negativo.”<sup>35</sup>

Diante disso, o controle de constitucionalidade da lei, para Kelsen, poderia resultar somente na *anulação* da lei e não na declaração de sua nulidade. Vale dizer, até a sua anulação pelo órgão competente, quando seria retirada do ordenamento jurídico, a lei, como ato emanado do Poder Legislativo, seria válida desde a sua edição. É correto concluir, pois, que, sob essa perspectiva, a decisão no sistema de controle de constitucionalidade proposto por Kelsen seria, em princípio, *(des)constitutiva*, diferentemente do que ocorre no sistema norte-americano da *judicial review*, no qual a decisão é, em geral, *declaratória*.

Assim sendo, Kelsen concebeu um sistema de controle *concentrado*, no qual a fiscalização da constitucionalidade das leis ficaria a cargo de um único órgão – o Tribunal Constitucional, que, apesar do nome, estaria fora da estrutura do Poder Judiciário, composto por juízes *ad hoc* (e não necessariamente por juízes de carreira). Em contrapartida, aos magistrados cumpriria aplicar as leis em qualquer hipótese – *rectius*, enquanto não fossem julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, uma vez que não teriam competência para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos.

Segundo Cappelletti, a natureza do pronunciamento sobre a constitucionalidade das leis seria uma das razões pela qual o constituinte austríaco de 1920 (e, no seu rastro, outras Constituições europeias) optou por não atribuir o controle de constitucionalidade, ainda que concentrado e, de alguma forma, com eficácia sobre todos, a um órgão jurisdicional superior, considerando-se que o *Oberster Gerichtshof* austríaco (a Corte Suprema para causas cíveis e penais) e outras Cortes tradicionais pela Europa gozavam de prestígio e autoridade em seus respectivos países<sup>36</sup>. A essa razão somou o jurista italiano o fato de que, em geral, a estrutura do Poder Judiciário é constituída de juízes de carreira que ingressam jovens na magistratura, chegando no término de sua carreira à Cortes Supremas habilitados para a interpretação das leis, mas nem sempre qualificados para a interpretação

<sup>32</sup> Oportunamente, Luís Roberto Barroso relaciona as limitações impostas pela experiência norte-americana ao controle judicial de constitucionalidade das leis ao *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público*, em especial quanto ao aspecto de que, caso não seja evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade razoável de se considerar a norma válida, o intérprete e aplicados do direito deve abster-se de declarar-lhe a inconstitucionalidade (*Interpretação...*, pp. 171/172).

<sup>33</sup> Vide o item II deste estudo.

<sup>34</sup> BINENBOIM, *A Nova Jurisdição...*, p. 36 e seguintes.

<sup>35</sup> *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 528.

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial...*, pp. 88-94.

das normas constitucionais, que exige técnica hermenêutica distinta<sup>37</sup>. Aduz, ainda, que a experiência demonstrara até então que, ao contrário do papel desempenhado pela *Supreme Court* norte-americana, os Tribunais europeus, não raro, falharam no exercício do controle de constitucionalidade, exercendo-o com timidez ou mesmo adotando postura de completa omissão<sup>38-39</sup>.

Também por força da natureza da função de fiscalização da constitucionalidade das leis, estabeleceu a Constituição da Áustria de 1920 que tal controle seria feito de modo *abstrato*, vale dizer, por *via principal* (através de uma *ação especial*), totalmente desvinculado de qualquer caso concreto, e não *incidenter tantum*, como ocorria na modalidade de controle adotada nos EUA<sup>40</sup>. Com isso, seria aferida a constitucionalidade da lei em tese, em termos genéricos e abstratos. Por conseguinte, seria a decisão dotada de eficácia *erga omnes*.

Ocorre, contudo, que, originariamente, o sistema austríaco conferia legitimidade ativa para a tal *ação especial* apenas ao Governo Federal, para argüir a inconstitucionalidade das leis dos *Länder*, e aos Governos dos *Länder*, para suscitar o controle das leis federais perante a Corte Constitucional. Não havia limite temporal e a propositura dessas ações, por qualquer dos legitimados, era mera faculdade, restando ao alvedrio dos referidos entes políticos provocar ou não a atuação do Tribunal Constitucional.

Por óbvio, tal conformação do controle de constitucionalidade logo revelou-se insuficiente. Com efeito, a atuação do Tribunal Constitucional limitava-se a preservar a partilha constitucional de competências entre os entes federativos, deixando de abranger a

fiscalização da constitucionalidade de leis de suma importância, como, por exemplo, as leis lesivas de direitos individuais. Demais disso, a discricionariedade conferida aos entes políticos legitimados para instaurarem o processo de controle de constitucionalidade tornava raros e excepcionais os casos em que tais processos eram promovidos<sup>41</sup>.

Operou-se, portanto, a reforma da Carta austríaca em 1929, para ampliar o rol de legitimados para provocar a atuação do Tribunal Constitucional. A partir de então, além dos entes políticos já mencionados, estendeu-se a legitimidade para instaurar o controle de constitucionalidade à Corte Suprema para causas civis e penais (*Oberster Gerichtshof*) e à Corte Suprema para causas administrativas (*Verwaltungsgerichtshof*). Assim, muito embora tais órgãos judiciários superiores permanecessem incompetentes para proceder à fiscalização da constitucionalidade das leis, deveriam requerer à Corte Constitucional que efetuasse tal controle, estritamente no que respeitasse às leis aplicáveis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento.

Note-se que, diferentemente do que ocorria com os Governos Federal e dos *Länder*, o reenvio da questão constitucional pelos Tribunais superiores à Corte Constitucional era obrigatório, pelo que não poderiam aplicar as leis sobre cuja constitucionalidade estivessem em dúvida, sem o pronunciamento vinculatório da Corte Constitucional<sup>42</sup>. Ademais, instituiu-se, sem prejuízo do controle abstrato já existente, modalidade de controle *concreto* de constitucionalidade, na medida em que, quando suscitada pelos Tribunais, a decisão enfrentaria questão prejudicial para a solução de casos concretos. Permaneceriam, no entanto, *concentrado* o controle e dotada de eficácia *erga omnes* a decisão.

Por outro lado, viu-se o sistema austríaco compelido a adotar fórmula diferente para a eficácia temporal das decisões proferidas mediante provocação dos Tribunais Superiores. Explica-se: a eficácia *ex nunc*, característica do controle concentrado em sua primitiva construção, não se prestaria a dirimir conflitos concretos, vez que, em tais casos, o Poder Judiciário decide acerca da aplicação de uma lei a fatos já ocorridos. Sendo a decisão em controle de constitucionalidade, nessas hipóteses, incidente para a composição da lide *in*

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 106-107.

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, p. 107.

<sup>37</sup> Adverte Luís Roberto Barroso que, em virtude de determinadas peculiaridades que as singularizam (a saber, a superioridade hierárquica, a natureza de sua linguagem, o conteúdo específico e seu caráter político), as normas constitucionais fazem jus a técnicas hermenêuticas próprias, sem prejuízo da utilização dos métodos clássicos de interpretação (*Interpretação...*, pp. 103-263).

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 90-93.

<sup>39</sup> Parece-nos oportuno, neste momento, destacar que o Professor Bruce Ackerman, da Universidade de Yale (EUA), credita o sucesso do constitucionalismo na Alemanha, dentre outras razões, ao fato de o Tribunal Constitucional Federal instituído pela Lei Fundamental de Bonn (1949) ter sido constituído por juízes inteiramente desvinculados do regime nazista, o que o distinguiu do restante do Poder Judiciário e lhe permitiu imprimir caráter verdadeiramente simbólico à Constituição e aos seus julgados, rompendo com o passado sombrio daquele país ("The Rise of World Constitutionalism". In *Yale Law School Occasional Papers*, Second Series, Number 3, Yale Law School, 1997, p. 7). Com efeito, é possível que, compondo-se a Corte Constitucional alemã exclusivamente de juízes de carreira, amadurecidos sob a marca do nazismo, o constitucionalismo tedesco não houvesse alcançado tamanho êxito e prestígio mundial.

<sup>40</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, p. 104.



concreto, seria necessário que a declaração de inconstitucionalidade retroagisse para, ao menos, alcançar os fatos levados ao conhecimento do Judiciário.

Logo, a reforma constitucional de 1929 estabeleceu que, estritamente quanto ao caso concreto no qual, *incidenter tantum*, tenha surgido a questão constitucional, a declaração de inconstitucionalidade da lei, proferida pelo Tribunal Constitucional deverá ter efeitos *ex tunc*, tendo eficácia meramente prospectiva para todas as demais hipóteses<sup>43</sup>.

O sistema concentrado de controle de constitucionalidade ganhou terreno na Europa continental, vindo a ser adotado, com algumas variações, por diversos países. É possível afirmar, aliás, que, de uma forma geral, o sistema foi aprimorado em outros Estados, para ampliar as hipóteses de controle incidental. Na Itália e na Alemanha, por exemplo, os magistrados também são, como na Áustria, incompetentes para julgar uma lei inconstitucional, mas, vendo-se diante de uma lei que repute contrária à Constituição, *qualquer juiz* – mesmo o comum, de instância inferior – tem o *dever* de submeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional respectivo, mantendo-se o processo suspenso enquanto tal questão não houver sido decidida<sup>44</sup>.

Nesta quadra, alguns institutos específicos de cada país merecem destaque. Além do reenvio da questão constitucional pelos órgãos do Poder Judiciário, acima mencionado, o direito alemão prevê a possibilidade de interposição, por qualquer pessoa, do *recurso ou agravo constitucional (Verfassungbeschwerde)*, inspirado, por sua vez, na *Popularklage* do direito bávaro<sup>45</sup>. O recurso constitucional pode ser proposto perante o Tribunal Constitucional Federal alemão (que, nos termos da Lei Fundamental de 1949, é o órgão máximo do Judiciário) para que sejam apreciadas possíveis violações aos direitos fundamentais, atendido o requisito do esgotamento das instâncias ordinárias<sup>46</sup>. Trata-se de medida de defesa de direitos constitucionais que pode tanto dirigir-se a um ato do Poder

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, pp. 119/122. Crítica o autor – a nosso ver, corretamente – a possibilidade de, no sistema austríaco, casos análogos àquele no qual foi suscitada a questão constitucional por via de exceção, ainda pendentes de julgamento, terem solução diametralmente oposta, na medida em que, para os mesmos, a decisão judicial deverá orientar-se pela lei cuja inconstitucionalidade já houver sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, *O Controle Judicial ...*, p. 109.

<sup>45</sup> TAVARES, *Tratado da Arguição...*, pp. 47.

<sup>46</sup> TAVARES, *Tratado da Arguição...*, pp. 45/46. Informa o autor que tal regra de subsidiariedade cede quando, por exemplo, houver interesse nacional na apreciação da causa.

público como diretamente às leis, configurando, nesta última hipótese, controle concreto de constitucionalidade por via direta.

Limita-se a fiscalização de constitucionalidade, quando do julgamento de recurso constitucional, à análise de conformidade do ato ou da lei com as disposições constitucionais atinentes aos direitos fundamentais. Trata-se, aliás, de requisito para a sua admissibilidade, sujeita à aferição da “relevância constitucional fundamental”, geralmente considerada existente quando há interesse geral na solução do caso, seja em face do grande número de litígios similares pendentes ou em virtude da possibilidade de se criar um precedente para os casos futuros<sup>47</sup>.

Semelhante instituto é o *recurso de amparo* do direito constitucional espanhol, que também se destina à proteção dos direitos fundamentais e liberdades públicas, cabendo o seu julgamento, de acordo com a Constituição de Espanha, ao Tribunal Constitucional, também após esgotadas as vias ordinárias. No entanto, não se admite que seja a pretensão, no recurso de amparo, deduzida diretamente em face dos atos do Poder Legislativo.

É possível, por outro lado, que um incidente de inconstitucionalidade seja suscitado no curso do amparo. Nesses casos, a solução do incidente pelo Tribunal Constitucional é dúplice: realiza-se não só um juízo de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*, como também se inicia, de ofício, outro processo a ser julgado pelo Plenário da Corte, com os fins exclusivos de apreciação da questão constitucional, procedendo-se, pois, a um controle abstrato, nos moldes da fiscalização por via direta. A isto se chama “autoquestão” ou “autopromoção” da questão de inconstitucionalidade<sup>48</sup>.

Além do amparo, a Constituição espanhola prevê ainda o controle incidental de constitucionalidade, através da apresentação da questão de constitucionalidade, surgida no curso de uma lide concreta, pelos juízes e Tribunais ao Tribunal Constitucional (a exemplo do que ocorre no sistema alemão) e a propositura do chamado “recurso constitucional”

<sup>47</sup> TAVARES, *Tratado da Arguição...*, p. 46. Observa-se, em tal aferição, considerável espectro de discricionariedade do Tribunal Constitucional Federal tedesco.

<sup>48</sup> BULNES, Mar Jimeno. “El control concentrado de constitucionalidad en España”. In BRAZAN, Victor (coord.). *Desafíos del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996; TAVARES, pp. 54/56.

diretamente à Corte Constitucional. Importa assinalar que, apesar da denominação, o “recurso constitucional” é, na verdade, uma ação direta, um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade realizado por via principal<sup>49</sup>.

Por seu turno, a disciplina do controle de constitucionalidade do direito português, em decorrência de suas particularidades, há de ter menção especial. Assim como o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o sistema luso é eclético, admitindo tanto o controle por via concentrada quanto por via difusa<sup>50</sup>. Assim, além da fiscalização abstrata de constitucionalidade, através da instauração de processo próprio, pelos respectivos legitimados ativos, perante o Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, admite-se também em Portugal o controle incidental, em casos concretos.

Em tais hipóteses, porém, todos os órgãos do Poder Judiciário possuem competência para apreciar a constitucionalidade das leis *incidenter tantum*, podendo, a requerimento das partes ou mesmo *ex officio*, pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade de um ato normativo. Dessas decisões caberá recurso à Corte Constitucional – o recurso de constitucionalidade –, sendo facultativos para as partes e, em alguns casos, obrigatórios para o Ministério Público<sup>52</sup>.

A questão de inconstitucionalidade, suscitada no caso concreto, deve ter relevância para o deslinde da causa – o juízo de constitucionalidade sobre uma norma (e, por consequência, a sua aplicação ou não) deve ser a *ratio decidendi* do caso concreto e não mero *obiter dictum* da decisão recorrida. Por tal razão, a relevância da questão é um dos requisitos de admissibilidade do recurso de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional português<sup>53</sup>. Evidentemente, é dada alguma margem de discricionariedade ao Tribunal Constitucional para proferir juízo acerca da relevância da questão constitucional alçada ao seu conhecimento por via do recurso.

O direito português contempla, ainda, a figura da inconstitucionalidade por omissão, em muito relacionada com o conceito de Constituição dirigente, assunto cuja discussão se permite deixar para outra ocasião<sup>54</sup>. A Constituição portuguesa de 1976, com suas revisões posteriores, prevê mecanismos de controle jurisdicional das hipóteses em que o legislador, descumprindo seu dever jurídico-constitucional, descumpre, ou cumpre de forma insuficiente, as normas constitucionais que impõem a adoção de medidas legislativas destinadas à sua concretização, expressa ou implicitamente, ou até mesmo, como se vem entendendo hodiernamente, quando o legislador deixa de atualizar ou aperfeiçoar as leis que, com o decurso do tempo, deixaram de atender plenamente aos comandos constitucionais que lhes servem de fundamento<sup>55</sup>. A fiscalização judicial da inconstitucionalidade por omissão legislativa é realizado em Portugal por via direta pelo Tribunal Constitucional.

Convém, ainda, observar que, diferentemente do que ocorre na Áustria, as decisões proferidas em controle de constitucionalidade possuem, em princípio, eficácia *ex tunc*. Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais alemão, espanhol, português e italiano, por exemplo, admite, com alguma tranqüilidade, a nulidade *ab initio* da lei julgada inconstitucional. É certo, porém, que tal posição vem sofrendo alguns temperamentos, admitindo-se, inclusive, que as decisões em controle de constitucionalidade, excepcionalmente, tenham eficácia meramente prospectiva, a partir da data da publicação das decisões ou mesmo em momento posterior, por decisão da respectiva Corte Constitucional, quando razões de segurança pública, equidade ou interesse público extraordinariamente relevante o exigirem<sup>56</sup>.

Nesse sentido, vem ganhando terreno – não sem alguma controvérsia – a utilização da *declaração de inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia de sua nulidade*. Em linhas gerais, trata-se de técnica construída pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* alemão, hoje também aplicada pelo Tribunal Constitucional

<sup>49</sup> Sobre o tema, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, incluindo a respectiva introdução, que incorpora as reflexões feitas no ensaio “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 15:7-17, 1996; CLÈVE, A. *Fiscalização Abstrata...*, especialmente p.211 e seguintes; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>50</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 1021-1027.

<sup>51</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 972 e seguintes.

<sup>52</sup> SARMENTO, “A Eficácia Temporal...”, pp. 107-111. Há, aliás, permissivo expresso para tanto na Constituição de Portugal, em seu art. 282, n.º 4.

<sup>53</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 976-977. A relevância constitucional também é requisito de admissibilidade do controle de constitucionalidade no direito italiano. É indispensável a demonstração da necessidade de apreciação da questão constitucional para a solução do caso concreto quando a mesma lhe é remetida pelos Juízes ou Tribunais (v. TAVARES, *Tratado da Arguição...*, pp. 60/61).

português<sup>57</sup>; se vislumbrada a inconstitucionalidade de uma lei, gera-se o dever de legislar e, em princípio, suspende-se a aplicação pelos tribunais, pela Administração Pública e pelos particulares da lei declarada inconstitucional. No entanto, admite-se que, excepcionalmente, seja aplicada, em caráter provisório, a lei cuja inconstitucionalidade fora declarada – quando assim exigir a própria Constituição –, sob pena de instalação de vácuo normativo<sup>58</sup>.

Essa técnica se destina, em geral, àquelas situações de *omissão legislativa parcial* ou de *imperfeição legislativa*, ambas hipóteses nas quais a atividade do legislador ficou aquém do desiderato constitucional, satisfazendo de forma incompleta ou defeituosa o dever constitucional de legislar. A aplicação da lei inconstitucional, até que seja editada a lei nova, compatível com a Carta Magna, deverá ser indispensável pelo menos durante um certo período de transição, de modo a que se evite o risco de haver violação ainda mais grave da Constituição com a ausência de *qualquer norma* disciplinando determinado assunto.

Também se aplica a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade em certos casos de violação do princípio da isonomia, quando, por exemplo, concede-se determinado benefício a um grupo de indivíduos, com a injustificada exclusão de outros. É possível que a inconstitucionalidade da lei resida não na concessão da vantagem em si, mas na discriminação irrazoável<sup>59</sup> – com isso, a simples exclusão da norma do ordenamento jurídico, mediante a usual declaração de sua inconstitucionalidade, em nada aproveitaria aos que dela deduziram sua pretensão, sendo, em geral, inadmissível que o Judiciário estenda o alcance de uma determinada lei, ferindo o princípio da separação de poderes e o princípio democrático<sup>60</sup>. Nessas situações, caberia à Corte Constitucional

<sup>57</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., pp. 947-948.

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. "A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro". In *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 53-56.

<sup>59</sup> Sobre a razoabilidade das discriminações legais, v. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.381-418.

<sup>60</sup> Entretanto, há casos em que se admitem as chamadas *decisões aditivas ou modificativas*, através das quais o Judiciário amplia o alcance de determinado ato normativo para beneficiar aqueles que foram excluídos pela discriminação inconstitucional da lei impugnada. Segundo Jorge Miranda (*Teoría do Estado*..., p. 515), "Embora reconhecendo a necessidade de divisões estreitas e de não se menosprezarem os condicionalismos financeiros à luz do postulado da reserva económica do possível, não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais. Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais". A rigor, o Tribunal Constitucional português tem recorrido às decisões aditivas para os casos em que os argumentos de natureza financeira (v.g., a previsão orçamentária) não constituem óbice à utilização dessa técnica, especialmente nos casos dos chamados direitos fundamentais de primeira geração – os direitos de liberdade e os direitos políticos (ob. cit., p. 514, nota de rodapé n.º 68).

declarar a inconstitucionalidade da lei, sem, contudo, pronunciar sua nulidade, de modo a que permaneça a lei sendo aplicada até que o Legislativo edite novas normas, desta feita compatíveis com o texto constitucional.

Resta-nos, então, após essa sintética exposição, observar como a evolução do controle judicial de constitucionalidade das leis nos EUA e na Europa repercutiu no constitucionalismo brasileiro.

#### IV. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO.

A Constituição brasileira de 1824 não previa qualquer modalidade de controle judicial das leis, basicamente por duas razões. Primeiramente, porque o direito brasileiro, ao tempo do Império, sofria as influências dos sistemas então vigentes na Inglaterra e na França onde, não havia – como, aliás, ainda ocorre nos dias atuais – qualquer mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Com efeito, já se encontrava consolidado na Inglaterra desde a Revolução Gloriosa o princípio da supremacia do Parlamento, ao passo que, na França, a lei, enquanto "expressão da vontade geral", conhecida através da atividade do Poder Legislativo, não poderia sofrer outro controle senão o político, previamente à sua entrada em vigor.

Demais disso, teve particular influência na elaboração da Carta outorgada em 1824 a doutrina de Benjamin Constant, para quem, dentro da divisão de poderes, caberia ao Poder Moderador, exercido pelo monarca, resolver os conflitos entre os outros Poderes. Assim foi que o art. 98 da Constituição de 1824 atribuía ao Imperador o exercício do Poder Moderador, como "chave de toda a organização política", cabendo-lhe velar pela "manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos"<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. "A Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei". In *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 233-234; CLÈVE, A. *Fiscalização*..., pp. 63-64.

Foi com o advento da República que foi instituído o controle judicial de constitucionalidade das leis. Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, a Constituição Provisória de 1890 (Decreto n.º 510, de 22 de junho) previa a competência do Poder Judiciário para tanto ao disciplinar as competências do Supremo Tribunal Federal. Repetiu tais disposições a primeira Carta republicana, no que atribuiu ao STF a competência para conhecer e julgar o recurso interposto quando se questionasse a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fosse contra as disposições constitucionais (art. 59, § 1.º, “a”). O sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis então instituído teve como inegável inspiração o modelo norte-americano de *judicial review*, no qual o controle se daria sempre por via difusa e incidental e sucessiva (*a posteriori*).

A criação de tal fórmula, apesar da clareza dos dispositivos constitucionais sobre a matéria, gerou perplexidades e alguma timidez da Corte Suprema nacional, superadas em virtude dos esforços de Ruy Barbosa, que demonstrou de sobejo o alcance da Constituição, para reconhecer tal prerrogativa ao Poder Judiciário. A isso se somou a reforma de 1926, que esclareceu os comandos constitucionais referentes à competência do Supremo Tribunal Federal e às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário<sup>62</sup>.

Manteve a Carta de 1934 o controle difuso, incidental e sucessivo de constitucionalidade, introduzindo, porém, algumas inovações significativas. O art. 179, inspirado na construção jurisprudencial das cortes norte-americanas, instituiu a *reserva de plenário*, que viria a ser mantida em todas as Constituições posteriores: somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá um tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. O art. 91, IV, por seu turno, conferiu ao Senado Federal a atribuição de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, de modo a tentar resolver os impasses gerados pelo controle difuso de constitucionalidade nos países de tradição romano-germânica, que não conhecem o *stare decisis*. Por fim, criou-se a representação interventiva, a cargo do Procurador-Geral da República, a quem caberia submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal a lei de intervenção da União nos

<sup>62</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.235-237; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 65-66.

Estados, de iniciativa do Senado, nos casos de violação aos chamados *princípios constitucionais sensíveis*, previstos no art. 7.º, I, “a” a “h”<sup>63</sup>.

A Constituição do Estado Novo, de 1937, por sua vez, muito embora não houvesse modificado o sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Carta anterior, significou evidente retrocesso, quando, em seu art. 96, parágrafo único, assim determinou:

Art. 96. ... omissis...

*Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.*<sup>64</sup>

Se, por um lado, houve quem se pronunciasse favoravelmente a tal disposição, como Francisco Campos e Alfredo Buzaid, houve grande reação no Judiciário quando, em 1939, ante a ausência de convocação do Legislativo, foi editado pelo Presidente Getúlio Vargas o Decreto-lei n.º 1564, confirmando textos de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, bem ao gosto do regime autoritário então vigente<sup>65</sup>.

Em 1946, a Constituição que simbolizou a restauração da democracia no país trouxe de volta, em linhas gerais, o modelo de fiscalização de constitucionalidade das leis instituído pela Carta de 1934. Porém alterou a competência do Senado Federal para estabelecer que somente poderia suspender a execução de leis e decretos declarados inconstitucionais por *decisão definitiva*, proferida *exclusivamente* pelo Supremo Tribunal Federal. Alterou-se, também, a disciplina da representação interventiva: a partir de então, caberia ao Procurador-Geral da República submeter o ato inquinado de inconstitucional, a pedido de terceiro, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a favor ou contra; se reconhecida (*rectius*, declarada) a inconstitucionalidade do ato pelo STF, o Congresso Nacional decretaria a intervenção, a ser executada pelo Poder Executivo. Se, no

<sup>63</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.237-240; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 67-68.

<sup>64</sup> BRASIL. *Constituições do Brasil – I.* volume: *Textos*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 210.

<sup>65</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.240-242.

entanto, fosse suficiente a suspensão do ato impugnado para estabelecer a normalidade no Estado federado, o Congresso a tal providência se limitaria<sup>66</sup>.

É certo que já se encontrava semeado no constitucionalismo brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das leis, por via direta<sup>67</sup>, o que veio a ser instituído através da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que, alterando o art. 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946, acrescentou às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar a representação contra a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, mediante propositura do Procurador-Geral da República. A partir de então, passou a existir no Brasil a fiscalização da conformidade das leis em tese com a Constituição Federal, admitindo-se, ainda, a instituição, pelos Estados-membros, de processo, de competência dos respectivos Tribunais de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais. Finalmente, chegou ao ordenamento pátrio o controle concentrado abstrato das leis, criado por Hans Kelsen e difundido da Constituição austríaca de 1920 para inúmeras outras Cartas pela Europa continental<sup>68</sup>.

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (a rigor, uma nova Constituição) manteve, em suas características básicas, o sistema de controle de constitucionalidade até então vigente, limitando-se a suprimir a representação de constitucionalidade genérica em esfera estadual e a transferir a competência para suspender o ato estadual, na representação interventiva, do Legislativo para o Presidente da República.

Houve, contudo, importantes modificações advindas da Emenda Constitucional n.º 7/77, que passou a prever também a representação de inconstitucionalidade para a interpretação de ato normativo estadual ou federal, figura que não subsistiu à promulgação da atual Constituição. Previu também a referida Emenda

Constitucional, de modo expresso, a possibilidade de concessão de medida cautelar em representação de inconstitucionalidade, a requerimento do Procurador-Geral da República<sup>69</sup>.

As alterações realizadas pelo constituinte de 1986-1988 no sistema da jurisdição constitucional brasileira, acrescidas daquelas levadas a cabo através de emenda constitucional posterior, foram profundas, ainda que não se tenha desfigurado o seu caráter misto<sup>70</sup>. A primeira delas, e provavelmente a mais importante, foi a significativa ampliação do rol dos legitimados ativos para suscitar o controle abstrato de constitucionalidade – agora, através da *ação direta de inconstitucionalidade* (ADIN). Em virtude da anterior restrição da titularidade de provocação do STF ao Procurador-Geral da República, considerando-se que o mesmo, até 1988, cumulava as funções do Ministério Público Federal com as de representação judicial da União – sendo nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República –, há quem entenda que tal circunstância pode, ao menos em parte, justificar a timidez e a parcimônia da utilização da representação de inconstitucionalidade até o advento da Carta atualmente em vigor<sup>71</sup>.

Atribui o art. 103 da Constituição de 1988 a titularidade da propositura da ação direta de constitucionalidade perante o STF ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas, aos Governadores dos Estados (o que, como é pacífico, se estende ao Governador do Distrito Federal), ao próprio Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação (por menor que seja) no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Com isso, evidencia-se a tendência da Carta em vigor de incorporar a idéia de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*<sup>72</sup>, abrindo à sociedade novas possibilidades de provocação do exercício da jurisdição constitucional, através da legitimação da atuação de órgãos representativos e dotados de legitimidade.

<sup>66</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.242-249; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 69-70.

<sup>67</sup> Com efeito, propôs-se, durante a Constituinte de 1934, a instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco concebido por Kelsen, proposta que, no entanto, foi rejeitada (cf. MENDES, “A Evolução...”, p. 240).

<sup>68</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.249-253; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 70-71.

<sup>69</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.253-254; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 71-72.

<sup>70</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.254-264; CLÈVE, *A Fiscalização...*, pp. 72-73; BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, pp. 129-136.

<sup>71</sup> BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, p. 128.

<sup>72</sup> Sobre o tema, v. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Sob essa mesma perspectiva, conferiu ao Advogado-Geral da União a tarefa de atuar como curador da constitucionalidade das normas impugnadas em controle abstrato, mesmo quando se tratar de lei estadual (art. 103, § 3.º), fixando, ainda, a obrigatoriedade da manifestação do Procurador-Geral da República em todos os processos de competência do STF (art. 103, § 1.º). Restaurou-se, ainda, a representação de inconstitucionalidade em âmbito estadual (art. 125, § 2.º).

Outra inovação que, sem dúvida, merece destaque, é a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, destinada a corrigir a grave questão da mora legislativa no cumprimento das obrigações impostas pela Constituição ao Poder Legislativo (art. 103, § 2.º), que, a exemplo do remédio constitucional destinado à garantia dos direitos subjetivos de índole constitucional frustrados pela inércia do legislador – o mandado de injunção, instrumento de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão (art. 5.º, LXXI) –, não obteve o sucesso que dela se esperava<sup>73</sup>.

A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, instituiu a chamada *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), destinada a permitir a prolação, pelo Supremo Tribunal Federal, de decisão que transforme em absoluta a presunção relativa de constitucionalidade das leis, reafirmando, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a conformidade de uma determinada lei ou ato normativo federal<sup>74</sup>. Ao adicionar o § 4.º ao art. 103 da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n.º 3/93 criou instituto cuja constitucionalidade foi muito discutida, até que o Supremo Tribunal Federal a admitisse, sedimentando a questão.

Nesta quadra, assinala-se que, segundo o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, não houve inovação com este dispositivo, vez que, na propositura da representação de inconstitucionalidade instituída pela Emenda Constitucional n.º 16/65, já se admitia, como

<sup>73</sup> A figura do *mandado de injunção*, lamentavelmente, jamais cumpriu o seu papel, vez que, longe de viabilizar o exercício de liberdades constitucionais, foi equiparado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que pese a recentes temperamentos dessa posição. Sobre o tema, confira-se ácida crítica à aplicação do mandado de injunção em BARROSO, *O Direito Constitucional...*, pp. 247 e ss.

<sup>74</sup> Ao atribuir efeito vinculante à decisão declaratória de constitucionalidade, a Constituição submeteu os órgãos do Poder Judiciário (excetuado o STF) e do Poder Executivo a essa decisão de tal modo que se veda inclusive a realização de novo controle difuso de constitucionalidade da lei em questão, admitindo-se o manejo da reclamação (art. 102, I, alínea "I") para garantir a autoridade do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal. V. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12.ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 627-628.

se vinha admitindo nos casos de representação interventiva, que o Procurador-Geral da República a encaminhasse ao Supremo Tribunal Federal mesmo nos casos em que proferisse parecer contrário – nesse último caso, ser-lhe-ia possível tão-somente provocar o pronunciamento do STF sobre determinada controvérsia constitucional. Assim, afirma que “parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*)” Seguindo essa linha de raciocínio, Gilmar Mendes recorda, ainda, que a representação de inconstitucionalidade e a própria ação direta de inconstitucionalidade sempre foram admitidas pelo Supremo Tribunal Federal como dotadas de *caráter dúplice*, com o que, rejeitada a ação de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros da Corte Suprema, a lei é declarada constitucional; logo, a existência de uma ação declaratória da constitucionalidade de uma lei consistiria apenas no reverso da medalha<sup>75</sup>.

A controvérsia, porém, não se encerrou. Os argumentos da economia processual e da certeza jurídica, relacionada com a sustação das enxurradas de liminares em controle concreto, não são suficientes para confortar a todos. Aos juristas estrangeiros, em especial, a ação declaratória de constitucionalidade gera até mesmo alguma perplexidade, pois, salvo na Alemanha, onde também se admite declaração de constitucionalidade, a decisão em controle concentrado que não acolhe a alegação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo costuma gerar, no máximo, coisa julgada formal – normalmente, é possível, inclusive, a propositura de nova ação direta<sup>76</sup>. É o que afirma, não sem uma certa ironia, Jorge Miranda, *in verbis*:

“*Voltado para a certeza do Direito e a economia processual, o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade; depois, porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária, a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa. Não admira que seja controvertido.*”<sup>77</sup>

<sup>75</sup> MENDES, “A Evolução...”, pp.258-264.

<sup>76</sup> MIRANDA, *Teoria do Estado...*, p. 508.

<sup>77</sup> *Teoria do Estado...*, p. 509.

Além disso, a Constituição de 1988 inovou também ao introduzir, conferindo ampla margem de conformação ao legislador, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1.º).

## V. A INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS NORTE-AMERICANO E AUSTRIACO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

É possível concluir, portanto, que tanto o sistema da *judicial review of legislation* norte-americano como o sistema “austriaco” de controle concentrado<sup>78</sup> exerceram influências marcantes sobre o modelo “brasileiro” de fiscalização judicial de constitucionalidade das leis. Com efeito, verifica-se que, ao fim e ao cabo, o constitucionalismo republicano brasileiro desenvolveu, ao longo de seus pouco mais de cem anos de história, um sistema híbrido, onde convivem, com razoável sucesso, elementos de controle difuso e de controle concentrado, de controle concreto e de controle abstrato, com múltiplas combinações entre esses fatores. Cronologicamente, porém, é possível apontar o sentido que a disciplina da matéria tomou nas sucessivas Constituições.

Num primeiro momento, como se viu, superada a ausência de fiscalização de constitucionalidade dos tempos do Império, abeberou-se o constituinte brasileiro da fonte norte-americana, instituindo controle difuso e concreto de conformidade das leis com a Constituição. Sob a batuta de Ruy Barbosa, o influxo das idéias do constitucionalismo desenvolvido nos Estados Unidos foi o traço marcante do Direito Constitucional pátrio na República Velha.

Desde então, contudo, tornou-se objetivo do Poder Constituinte, cada vez que foi chamado a atuar, corrigir as vicissitudes da implantação de um sistema de controle de constitucionalidade próprio de um país de tradição anglo-saxônica em nossa cultura de *civil law*. Assim foi que, desde 1934, atribuiu-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário no controle *in concreto*,

<sup>78</sup> Cf. CAPPELLETTI, *O Controle Judicial...*, pp. 65-66.

compensando a incompatibilidade do *stare decisis* com a tradição brasileira de base romano-germânica, criando-se, ainda, a representação interventiva.

A partir de então, nota-se a paulatina introdução de instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, desde a modificação da disciplina da representação interventiva até a criação da representação genérica de inconstitucionalidade, em 1965, que representa a inequívoca apreensão do modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade, sem que fosse suprimido o controle difuso, já integrante da cultura jurídica brasileira.

A Constituição de 1988, nesse sentido, representa o ápice desse esforço para incorporar ferramentas relacionadas com a fiscalização de constitucionalidade adotada nos países da Europa continental. O controle incidental e difuso, desde então, teve a sua importância reduzida, vez que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes podem ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante o controle abstrato de normas, exercido por via direta<sup>79</sup>.

É certo admitir, então, que a regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, operada pela Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, é conseqüência dessa orientação adotada pelo constitucionalismo brasileiro, especialmente consignado na Carta de 1988<sup>80</sup>. Merecem nota, nesse sentido, as disposições contidas nos artigos 27 e 28, parágrafo único, do mencionado diploma.

O art. 27 da Lei n.º 9.868/99 demonstra sua importância ao admitir, pelo voto de dois terços dos membros do STF, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fixando o seu termo inicial após o início da vigência da lei (isto é, atribuindo-lhe eficácia *ex tunc*), na data da publicação da decisão ou mesmo em momento posterior (ou seja, conferindo-lhe eficácia meramente prospectiva), com o que se encontram abertas as possibilidades da adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem

<sup>79</sup> MENDES, “A Evolução...”, p. 256.

<sup>80</sup> Não se nega aqui que muitas das disposições contidas na Lei n.º 9.868/99 representam a cristalização da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, cujo papel no delineamento do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, obviamente, foi fundamental. Observe-se, nesse sentido, BARROSO, “Conceitos Fundamentais...”, pp. 254 e seguintes.

pronúncia de nulidade<sup>81</sup>. Em tais casos, será necessária a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, vale dizer, o princípio da nulidade das leis inconstitucionais com outros pertinentes ao caso concreto, observado, em qualquer hipótese, o princípio da razoabilidade<sup>82</sup>.

Por sua vez, o art. 28 da lei em comento, em seu parágrafo único, admite expressamente a adoção das técnicas de interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, também originárias do direito tedesco<sup>83</sup>, estendendo à ADIN a eficácia vinculante das decisões definitivas de mérito, conferida à ADC pelo art. 102, § 2.º, da Constituição. Não se vislumbra inconstitucionalidade em tal disposição, na medida em que representa mera consequência do caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade, há tanto consagrado na jurisprudência do STF e agora cristalizado nos arts. 22 a 24 da Lei n.º 9.868/99, argumento ao qual se adiciona o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal já admitia, antes da edição da lei, a utilização da reclamação para garantir a autoridade de seus julgamentos em ADIN<sup>84-85</sup>.

Curiosamente, porém, o controle abstrato de constitucionalidade das leis também recebeu, com o advento da Lei n.º 9.868/99, influência da experiência norte-americana da *judicial review*, retratada nos arts. 7.º, § 2.º, e 9.º, que contribuem para a mitigação do caráter objetivo da jurisdição constitucional *in abstracto*<sup>86</sup>. De fato, o § 2.º do art. 7.º passa a admitir o pronunciamento do *amicus curiae*, que não é “parte” no processo, para que a Corte possa decidir as questões constitucionais com pleno conhecimento de suas

consequências e repercussões<sup>87</sup>, ao passo que o art. 9.º admite a possibilidade da realização de diligências de cunho instrutório, como, *exempli gratia*, a requisição de documentos adicionais, a realização de audiências públicas ou a oitiva de peritos ou especialistas em determinado assunto, correntes nos EUA. Têm-se, nesses casos, somados à previsão do § 2.º do mesmo art. 9.º (que permite a solicitação, pelo relator, aos demais Tribunais, de informações acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de suas respectivas jurisdições), de contribuições fornecidas não só pelo direito alemão, como também pelo constitucionalismo norte-americano, que, em boa hora, aperfeiçoam o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade por via direta<sup>88</sup>.

De outro giro, a Lei n.º 9.882, de 3 de novembro de 1999, ao disciplinar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), veio para aproximar ainda mais o sistema brasileiro da fórmula européia de controle concentrado de constitucionalidade. Nitidamente inspirada no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol<sup>89</sup>, também era finalidade original dessa Lei atribuir ao cidadão a legitimação ativa para a propositura de uma ação constitucional, ainda que com objeto restrito à observância dos chamados *preceitos fundamentais*<sup>90</sup>, de modo a que fosse fiscalizada a conformidade das leis e atos do Poder Público com os mesmos. A grande quantidade de vetos presidenciais, no entanto, desfigurou o intento do legislador, restringindo o rol de legitimados àqueles que já titularizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, esvaziando o instituto<sup>91</sup>.

<sup>81</sup> BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, pp. 180-188; SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal...”. Recorde-se, por oportuno, que também no sistema norte-americano de controle de constitucionalidade se admite, em casos excepcionais, a eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade das leis, como visto acima (item II).

<sup>82</sup> V. nota anterior.

<sup>83</sup> Apesar da distinção teórica de Bryde, não parecer de muita utilidade diferenciar uma da outra. Em síntese, cuida-se de, em não havendo uma interpretação mais evidente da norma que seja compatível com a Constituição, busca-se um sentido possível para o seu texto, elegendo-se uma linha de interpretação que “salve” a lei da pecha de inconstitucionalidade, com a exclusão de todas as interpretações possíveis que conduzissem a resultado que não se harmonize com a Constituição. Note-se bem que, embora haja semelhanças com a representação interpretativa da Constituição de 1967, trata-se aqui da declaração da constitucionalidade de uma interpretação possível e, simultaneamente, da declaração da inconstitucionalidade das demais interpretações de uma lei. V., a respeito, BARROSO, *Interpretação...*, pp. 180-187.

<sup>84</sup> Cf. BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, pp. 175-177, onde se faz referência, em caráter meramente exemplificativo, à Reclamação n.º 702-5/PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04.11.1997, p. 56.548.

<sup>85</sup> Destaque-se, ainda, que o Pleno do STF, em questão de ordem, já apreciou a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99, entendendo, por maioria, pela sua conformidade com o texto constitucional (Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 06.11.2002. In *Informativo STF n.º 289*).

<sup>86</sup> E, com isso, indo ao encontro da tese da *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* proposta por Häberle (*Hermenêutica Constitucional...*, cit.).

<sup>87</sup> Sobre o tema e a inspiração norte-americana da recepção do instituto no Brasil, v. BUENO FILHO, Edgard Silveira. “*Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade”. In *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 01.02.2003.

<sup>88</sup> Cf. BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, pp. 155-158. O autor relata que, na exposição de motivos do projeto de lei que resultou na Lei n.º 9.868/99, menciona-se o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis no caso *Müller v. Oregon* – o *Brandeis-Brief* –, contendo duas páginas tratando de questões jurídicas e outras cento e dez dedicadas aos efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher, derrubando-se o mito de que a questão constitucional prescindia do elemento fático (v. também MENDES, Gilmar Ferreira. “Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma Proposta de Projeto de Lei. In *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp.460-461.

<sup>89</sup> V. item III deste estudo.

<sup>90</sup> Nesse sentido, será necessário que o Supremo Tribunal Federal adote uma hierarquia axiológica – vez que não há hierarquia formal entre os princípios constitucionais – para delimitar o que pode ser definido como um preceito fundamental (Cf. BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, p. 190). V., a esse respeito, TAVARES, *Tratado da Arguição...*, pp. 102-161.

<sup>91</sup> BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, p. 189.



Por outro lado, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá, em virtude do que dispõe o art. 1.º, parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 9.882/99, servir como “instrumento objetivo de controle do direito pré-constitucional”<sup>92</sup>, permitindo o controle abstrato de constitucionalidade das leis editadas anteriormente à Constituição de 1988, o que vem sendo sistematicamente rechaçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>93</sup>. Mais além, poderá ser o instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais diretamente em face da Constituição Federal, até hoje inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência. Num e noutro caso, tem-se novo meio de fiscalização abstrata de constitucionalidade dos atos normativos, desta vez por via incidental<sup>94</sup>, com objeto diverso daquele atribuído à ação direta de inconstitucionalidade – assim é que o art. 10, § 3.º, do referido diploma legal atribui, à semelhança do que ocorre com as decisões definitivas de mérito na ADIN e na ADC, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões em ADPF, admitindo-se expressamente, no art. 13, a reclamação contra as decisões proferidas em tais julgamentos. No entanto, a Lei n.º 9.882/99 é, em sua íntegra, objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN n.º 2231-8, Rel. Min. Néri da Silveira), que aguarda julgamento de pedido de medida cautelar. A solução dessa controvérsia decerto fechará mais um capítulo da história do controle de constitucionalidade do Brasil, mas, que não se duvide, não encerrará a sua evolução.

Isso demonstra, salvo melhor juízo, que o sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade das leis, conquanto inspirado em modelos tradicionais dos EUA e da Europa continental, assumiu feição única, incorporando elementos estrangeiros mas, ao mesmo tempo, baseando seu funcionamento em instrumentos próprios. Demais disso, percebe-se que sua consolidação ainda não se encerrou – muito do seu desenvolvimento e de seu aprimoramento ainda estão por vir.

## VI. BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. (“The Rise of World Constitutionalism”. In *Yale Law School Occasional Papers*, Second Series, Number 3, Yale Law School, 1997.

<sup>92</sup> MENDES, “A Evolução...”, p. 264.

<sup>93</sup> BARROSO, “Conceitos Fundamentais...”, pp. 254 e seguintes; e *Interpretação...*, pp. 67 e seguintes.

<sup>94</sup> TAVARES, *Tratado da Arguição...*, pp. 293 e seguintes. Favoravelmente à inconstitucionalidade dessa hipótese de cabimento da ADPF, sob o argumento de que extrapolaria as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, confira-se MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 645-646.

BARKER, Robert. “El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica”. In BRAZAN, Victor (coord.). *Desafios del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. “Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. *Constituições do Brasil – 1.º volume: Textos*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. “*Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade”. In *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 01.02.2003.

BULNES, Mar Jimeno. “El control concentrado de constitucionalidad en España”. In BRAZAN, Victor (coord.). *Desafios del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2.<sup>a</sup> edição – reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”. In SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.